



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CASAMENTO: DA CARACTERIZAÇÃO DA
NATUREZA JURÍDICA AOS DIREITOS E AFETOS
NAS RELAÇÕES CONJUGAIS**

CAROLINA REZENDE MORAES

**BRASÍLIA
2018**

CAROLINA REZENDE MORAES

**CASAMENTO: DA CARACTERIZAÇÃO DA
NATUREZA JURÍDICA AOS DIREITOS E AFETOS
NAS RELAÇÕES CONJUGAIS**

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.
Orientadora: Profa. Dra. Livia Gimenes
Dias da Fonseca

BRASÍLIA

2018

MORAES, Carolina Rezende

CASAMENTO: DA CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA AOS DIREITOS E
AFETOS NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília à banca examinadora
composta por:

Professora Doutora Lívia Gimenes Dias da Fonseca
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília
(Orientadora)

Camilla de Magalhães Gomes
Doutora em Direito, Estado e Constituição pela
Universidade de Brasília

Leandro Oliveira Gobbo
Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília

Brasília/DF, 04 de junho de 2018

Dedico esse trabalho à minha Tia Bia (*in memoriam*). A sua força de criar e a sua capacidade proativa também ressoam aqui.

Dedico também às minhas avós. A subversão era de vocês, se resistiram e ainda existem. Eu apenas parti daí, da subversão que se faz minha por herança.

AGRADECIMENTOS

Sendo este um trabalho sobre afetos e uniões cotidianos, tenho muitos a quem agradecer. Dos conhecimentos produzidos por todos vocês e de suas subversões diárias, me construo e construí este trabalho.

Agradeço, primeiramente, a minha mãe, por cada orientação, pelo espaço que você criou, confortável para debates, para trocas e para sonhos e conquistas. Por me lembrar que cuidado não é fraqueza, e confiança não é arrogância. A meu pai, por suas histórias, por suas escolhas e seus sonhos, também pelas tais conversas intelectuais e referências. Por não deixar que eu duvidasse que sou tão capaz quanto qualquer um.

A meus irmãos. À Lô, por ser contribuinte ativa deste trabalho. Cê sabe, “o sonho é um tempo onde as minas não tenham que ser tão fortes”, mas, por ora, pela sua voz, sua disciplina e sua coragem. Agradeço por mim e por você. Precisamos da sua voz, da sua disciplina e da sua coragem. Ao Alvaro, por ser meu pé no chão, meu educador-educando, e estimular minha confiança nos outros. Por me ensinar sobre limites. Por ter me lembrado nessa reta final do meu curso: não são recursos escassos, é má distribuição. Me lembrou de onde vim e pra onde vou.

À Verônica, meu amor, meu espelho. Por ser a minha medida do justo e do que merecemos. Por cada desespero, e também pelo que sonhamos juntas. Pelo bem mais que gostar. Mas também pelo que tem além da dor, além do receio, além dos corpos e do que dizem sobre os corpos.

A Amanda, Andressa e Matheus, por ainda estarem aí. Por serem meu retorno e minha memória. Mas especialmente à Amanda.

À Julia, porque este trabalho só foi possível com seu cuidado e orientação. Pela sua coerência e sensatez, mas também por ter um coração, apesar do que dizem as más línguas. Por ser lúcida, e consciente. Ao João, por levar às últimas instâncias, com toda honestidade, que o pessoal é político. Por cada noite de compartilhamento e cada dia de fúria. Por tudo que me ensinou e por cada revisão deste trabalho.

Ao Carlos, por me fazer acreditar em mim, nos meus objetivos e crenças. Vamo ocupar o que é nosso por direito. Que este trabalho lhe sirva no que ele propõe de mais íntimo. Ao Gabriel, pelas nossas lutas e decepções e por suas reflexões que permeiam toda essa monografia.

Ao Fernando, por viabilizar minha vida em Brasília em cada conselho, dica e diligência! Por todas as vezes que me guiou e por cada momento de fofoca. À Lais, por ser brilhante, sua monografia foi o medidor de qualidade para a minha! A vocês dois e a vocês dois juntos.

À Nana, por ser a referência - de educação, ideologia, e afeto - que eu precisei em tantos momentos. À Carol, saber que você e sua família existem, do jeitinho que vocês são, me dá energia para esse caminho que comecei a seguir, obrigada pelas reuniões e apertos da mente.

À Aninha, por cada breve conversa de breve reflexão. Se você soubesse o quanto isso foi importante para essa conclusão... Ao Lucas, por saber quando ser meu contraponto e quando ser aquele que se contrapõe comigo.

Às primeiras pessoas que me acolheram nesta cidade e nessa Universidade, aquelas de Relações Internacionais. Especialmente à Stelinha e ao Aidan.

À Arlene, que demonstrou tanto interesse neste trabalho, que me motivou a fazer o mais bem feito possível!

A Ana, Sheila e seus meninos. Por me lembrarem dos meus objetivos, pelas broncas disfarçadas e por sua dedicação e sucesso. Vocês demonstraram o que é ser mulher bem sucedida.

À minha orientadora Livia, por saber quando me orientar e quando me desorientar! Por ter participado, talvez sem perceber, de toda a minha graduação. Agradeço ainda mais porque, quando eu já não contava com mais nenhuma nova revolução de conceitos e sentidos na graduação, você apareceu, trazendo o que às vezes me era óbvio mas ainda não me era nomeado, sobre o Direito em si.

À professora Ana Cláudia, que na Coordenação de Extensão da Faculdade viabilizou nossas demandas e expectativas.

A todas que permitiram que eu conciliasse meus estágios com minha graduação completa, realmente fundada no tal do tripé constitucional. Especialmente a Sofia, Maira e Mari. A Danúbia, Luciano e Isabel Cristina, espero que este trabalho chegue a vocês. Espero que saibam que foram essenciais para as minhas conquistas.

Ao Umanità, nas pessoas das Luisas. Vocês me ensinaram sobre dedicação e afeto, mesmo naqueles momentos em que a única coisa que tínhamos em comum era o reconhecimento de que o mundo ainda precisa mudar.

Ao Projeto UVE, por ser o principal elemento da minha formação acadêmica, em termos teóricos e práticos. Por ser minha crença, meu dever e meu direito como estudante de uma universidade pública. Agradeço especialmente a Natiele, João Victor, Douglas, Vitória, Eloísa e Carlos André.

Muitas vezes penso que preciso dizer as coisas que me parecem mais importantes, verbalizá-las, compartilhá-las, mesmo correndo o risco de que sejam rejeitadas ou mal-entendidas.

(...)

Meus silêncios não tinham me protegido. Tampouco protegerá a vocês. Mas cada palavra que tinha dito, cada tentativa que tinha feito de falar as verdades que ainda persigo, me aproximou de outras mulheres, e juntas examinamos as **palavras adequadas** para o mundo em que acreditamos, nos sobrepondo a nossas diferenças.

Audre Lorde

RESUMO

O presente trabalho busca compreender a participação do Direito e do sistema normativo nas relações de afeto. Para isso, abordo a natureza jurídica do casamento, extraindo as premissas que a condicionam e confrontando com categorias de análise social. Com este fim, analiso qualitativamente o conteúdo de doutrinadores utilizados na graduação em direito, no tema do Direito das Famílias. Assim, articulo, por meio de premissas do Direito Privado, os conceitos de afeto, consentimento e vontade com as possibilidades concretas de exercício de direitos das pessoas no Brasil, culminando na compreensão de que não se pode desvincular estes elementos de manifestações de dor e violência para definir a distribuição de direitos. A chave para a interpretação das premissas que legitimam um casamento no Direito positivado será a compreensão do contrato sexual no Brasil. , não informo uma prescrição quanto ao Estado, mas uma descrição quanto a este, ao fornecer reflexões úteis para aquelas e aqueles que atuam ou atuarão na área do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: afetividade. casamento. contrato sexual. contrato social. gênero.

ABSTRACT

This work seeks to understand the participation of Law and the normative system in the relations of affection. For this, I approach the legal nature of marriage, extracting the premises that condition it, and I confront categories of social analysis of some areas of knowledge. To this end, I have qualitatively analyzed the content of doctrinators that we use in Law School in the subject of Family Law. Thus, I articulate, through the premises of the Privacy Law the concepts of affection, consent and will with the concrete possibilities of exercising rights in Brazil, culminating in the understanding that one can not detach these elements from manifestations of pain and violence. The key to the comprehension of the premises that legitimize a marriage will be the understanding of the sexual contract in Brazil.

KEY WORDS: affectivity. marriage. sexual contract. social contract. gender.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - O casamento no Direito brasileiro - Ferramentas para análise	13
1.1 Panorama histórico da legislação	13
1.2 Categorias para a análise dos manuais	21
1.2.1 O contratualismo e sua crítica aplicados à realidade brasileira	21
1.2.2 Gênero e sexo: categorias úteis aplicadas à realidade brasileira	28
CAPÍTULO II - A natureza jurídica do casamento - Análise dos manuais e o confronto com a realidade	37
CAPÍTULO III - Sobre direitos, afeto e relações subjetivas	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

No chamado Direito das Famílias¹, conforme expresso no ordenamento jurídico brasileiro, é atribuído ao instituto do casamento importância fundacional para a sociedade brasileira. Expressões como base da sociedade, espaço de primazia da vontade, até ambiente de afeto, são atribuídas ao casamento e à família com as quais tive contato nas aulas da graduação. Noutro sentido, acessei considerável material que associasse intimidade e relacionamentos à violência e à relação de poder. Buscando compreender a que - e a quem - serve cada qual dessas articulações, e se essas são assimiladas pela área do saber do Direito, ingressei na investigação dos processos de legitimação das práticas nos relacionamentos.

Diante disso, o objeto do casamento emerge como modelo de união supostamente legítimo e aceito no contexto brasileiro desde a colonização, ensejando a suposição de que disputas epistemológicas e políticas permeariam a visão jurídica sobre o instituto. Assim, faz-se necessário entender a natureza jurídica desse, e como essa mobiliza o esforço intelectual e social em relação a garantias de direitos. Trata-se de uma análise dos discursos produzidos e perpetuados na área do saber do Direito. Importa que esses discursos observem a realidade, mas também produzem verdades sobre ela, emergindo a necessidade de os compreender.

Com este objetivo, o primeiro capítulo do presente trabalho busca definir um panorama geral do casamento no sistema normativo brasileiro, entendendo os principais marcos legais que culminaram no presente e sua interação com a realidade fática, a partir, especialmente, de bibliografia da historiografia pertinente. Ainda, exponho os conceitos imprescindíveis de contrato sexual e democracia racial, que revelam a fragilidade das premissas de liberdade e igualdade, tão caras ao Direito positivado, especialmente ao Direito Privado, onde se encaixa costumeiramente o Direito das Famílias. Os sistemas de parentesco e de sexo-gênero, emprestados da antropologia, também serão úteis, atribuídos à realidade brasileira.

No capítulo seguinte busco compreender propriamente a natureza jurídica do casamento. A natureza jurídica de algo é como este é classificado diante das figuras e

¹ Uso o termo Direito das Famílias para me referir ao ramo do sistema normativo em que estão as normas de direito matrimonial, parental e protetivo ou assistencial, entre outros relacionados à proteção e estruturação da família. Opto pelo substantivo “famílias”, em plural, por reconhecer que existe uma pluralidade de formas de constituição de família na prática, nos termos propostos por Maria Berenice Dias. Porém, há que admitir que na tradição jurídica, nem todas as “famílias” acabam por receber as mesmas proteções do Estado.

definições jurídicas. Como mostro, o Direito, na perspectiva positivista, existe enquanto um conjunto de componentes que fazem interagir a letra da lei, a resposta das sociedades, as doutrinas, entre outros.

Para isso, explico os principais pressupostos necessários para se compreender os termos da discussão doutrinária quanto ao tema. Emerge a compreensão de que o fenômeno jurídico contribui com a produção de discursos sobre verdade e correto, inclusive, passo pela escada ponteana, para entender a hipótese de ser o casamento um negócio jurídico. Também, utilizo das categorias desenvolvidas em outras áreas do saber para apreender o significado dos termos jurídicos associados ao matrimônio. A existência do contrato sexual no Brasil deverá ser compreendida como condicionada e interseccionada com o mito da democracia racial.

Caminho, finalmente, para a análise qualitativa do conteúdo dos doutrinadores e doutrinadora que mais me foram sugeridos na graduação quanto ao tema do Direito das Famílias - Fábio Ulhoa Coelho, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Maria Berenice Dias. Trata-se de uma investigação e também de uma denúncia, sendo que a formação dos juristas se funda nas propostas, soluções e premissas perpetuadas por esses autores e autora.

Percebendo a recorrência de elementos como afeto, consentimento e vontade na explicação dos doutrinadores, restou óbvia a necessidade de articular os conhecimentos produzidos pela Antropologia e a Ciência Política com essa visão do fenômeno jurídico, no último capítulo. Assim, busco afinar o entendimento quanto às possibilidades de garantia de direitos em relação aos tais elementos.

O olhar se fez sobre a doutrina, e não sobre a jurisprudência, por ser um conhecimento produzido justamente com a finalidade de explicar o procedimento da interpretação da lei e o funcionamento do judiciário, sem a intenção primeira de aplicar-se a um caso concreto. Optei também, por ser o principal recurso utilizado na formação na área do saber do Direito. Isso informa que se trata de um trabalho orientado para nós que atuamos na área do Direito, detectando alguns elementos que poderão permitir uma atuação mais socialmente referenciada.

CAPÍTULO I - O casamento no Direito brasileiro - Ferramentas para análise

1.1 Panorama histórico da legislação

Com ponto de partida nos anos 1910, estabeleço o marco legal do Código Civil de 1916. Em seu texto destacam-se elementos como a compreensão do casamento não apenas como associado à família, mas como único modo de criação da “família legítima” (art. 229). Para os autores investigados, o Direito de Família e a matéria do casamento passaram por uma trajetória, a partir daí, de tanto democratização (DIAS, 2016, p. 222) - trazendo inclusive o conceito de família eudemonista -, quanto adquirindo um aspecto garantista e solidário (FARIAS, ROSENVALD, 2011b, p. 109).

O conceito de “família eudemonista” vem sendo utilizado pela doutrina para referir-se àquela que é constituída pelo vínculo afetivo, mais do que biológico ou mesmo jurídico. Esse termo surge da defesa da família como espaço “de busca a realização plena de seus membros, constituindo-se pela comunhão de afeto recíproco, consideração e o respeito mútuo entre seus membros” (VIANNA, 2011, p. 524). Já a abordagem garantista do Direito das Famílias implica justamente vislumbrar suas regras e aplicação a partir da norma constitucional, em termos de direitos e garantias constitucionais.

André de Oliveira, (2015, p. 65) para orientar seu detalhamento sobre a legislação e o Direito de Família, divide a sua cronologia em quatro momentos, conforme visões gerais sobre família: 1917-1977: a. entrada em vigor do antigo Código Civil (Lei n. 3.071, de 1/1/16) até a promulgação da Lei do Divórcio em 1977 (Lei n. 6.515, de 26/12/77); b. 1977 – 1988: coexistência entre a Lei do Divórcio e o antigo Código Civil; c. 1988 – 2002: entre a Constituição Federal e a entrada do novo Código Civil (Lei 10.406, de 10/1/02); d. a partir de 2003, sobretudo com a entrada em vigor do Código Civil e da Lei Maria da Penha (n. 11.340, de 7/8/06). Por considerar didática, sigo essa mesma proposta.

No primeiro período, a família legítima - figurando como modelo para o correto e lícito, porém não como modelo acessível para todas e todos - tinha a proteção estatal. Nisso, ainda que existissem filhos “nascidos fora do casamento” ou “adulterinos” (art. 358), esses não poderiam ser reconhecidos juridicamente, situação que perdurou até 1930 (BARSTED, GARCEZ, 1999, p. 17), além disso, era considerado o elemento da culpa como motivador da anulação de casamento (art. 232). Também, detalhavam direitos e deveres distintos para o marido e a esposa², sendo que à mulher casada caberia a condição de relativamente incapaz e

² Pertinente destacar que nos direitos de uma pessoa que seriam condicionados pelo cônjuge, o texto do Código Civil estabelecia para o homem a obrigação de buscar o consentimento da esposa (art. 235) e para a mulher a

fazia-se referência ao regime dotal. Finalmente, o poder familiar era atribuído à figura do pai até 1962 (arts. 279 e 380).

A culpa como motivador significa dizer, por exemplo, que adultério e abandono do lar eram considerados motivadores de uma ação de desquite e que o cônjuge responsável por uma dessas condutas não teria direito à guarda dos filhos. Quanto ao conceito de poder familiar, destaco que, à época do Código Civil de 1916, este era tratado como “pátrio poder” que se refere ao conjunto de direitos e deveres relacionados ao gerenciamento de uma família.

De qualquer forma, estudos historiográficos e etnográficos permitem a compreensão de que, no Brasil, há um distanciamento entre a norma e a prática social (DE MESQUITA SAMARA, 1997, p. 10). É concreto que as universalidades da disciplina jurídica não merecem prosperar e nem prosperam. Quero dizer, em rápida exemplificação, as possibilidades de ver assegurado seu direito ao casamento - supostamente gratuito, civil e associado ao agrupamento base da sociedade e protegido pelo Estado, como deveria ser, nos termos da Carta Magna - não são as mesmas, concretamente, para homens e mulheres, conforme suas orientações sexuais, raça, classe, etc.

Assim, ainda que a proposta da sistemática do direito civil fosse um modelo de inspiração burguesa (OLIVEIRA, 2015, p. 65) e intensamente marcado pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres³, existe vasta literatura que questiona se é verificável em todos os grupos sociais do Brasil a aplicação desse modelo (o burguês) ou ao menos a tentativa disso.

Ocorreu, como discorre Marisa Tayra Teruya, a identificação do termo família para grupos muito distintos, tais quais “grupo conjugal, grupo doméstico, família extensa e parentela” (TERUYA, 2000, p. 11); junto a isso, “os padrões patriarcais de classe dominante foram aplicados por analogia às famílias de classes sociais diferentes” (TERUYA, 2000, p. 11-12). Samara (1997, p. 16) também a partir de vasto estudo das produções em historiografia sobre família no Brasil, entende que, a despeito das normas e procedimentos da Igreja, dos governos e poderes locais, na defesa desse padrão identificado aqui como patriarcal e da classe dominante, foram constatados, não raro, celibato, concubinato, mancebia e filhos ilegítimos.

autorização do marido (art. 242). Inclusive, as limitações legais àquele só dizem respeito a questões patrimoniais, já para a mulher casada refere-se até mesmo ao exercício de profissão e direito de litigar em juízo.

³ As desigualdades justificadas em biologia se projetam para além de homens e mulheres, porém, opto por manter a referência binária, porque lançarei meu olhar especialmente às diferenças de acesso a direitos e possibilidades marcadas por uma organização social binária.

Aliás, o próprio exercício do pátrio poder e a atribuição legal da função de “chefe da sociedade conjugal” (art. 233) pode ser questionado, sendo que, segundo Klaas Woortmann e Ellen F. Woortmann, famílias monoparentais com mães na chefia seriam realidade antiga, especialmente nas camadas mais pobres brasileiras (WOORTMANN, WOORTMANN, 2004).

Este apagamento da criatividade de formações “familiares”, que se entrecruza com o modelo legal, provavelmente se relaciona com o que Mariza Côrrea (1981) denunciou ao analisar as formas de organização familiar no Brasil Colônia e na época urbana moderna. Segundo ela, é importante que se observe como os modelos que são sempre evocados pela literatura sobre o tema dizem respeito às classes dominantes, fazendo parecer que apenas essas são agentes da história. Mas, além disso, o modelo imposto por esses também só eram cumpridos quando lhes convinha (CORREA, 1981).

Ainda assim, será necessário seguir com os marcos temporais a fim de compreender a relação entre existência e legitimidade para as uniões e agrupamentos no Brasil. Antes da lei do Divórcio, no entanto, foi promulgado o Estatuto Civil da Mulher Casada, além da flexibilização no reconhecimento de outras formas de família que não as fundadas em um casamento (OLIVEIRA, 2015, p. 67) ⁴.

Antes do Código Civil de 1916, o reconhecimento do casamento civil - desvinculado do casamento religioso - só ocorreu em 1861 pelo Decreto nº 1.144, fundamentado na necessidade de se regular a situação dos acatólicos, suas uniões e os chamados “casamentos mistos” (casamentos entre católicos e não católicos). Isso ocorreu anteriormente à decretação da laicidade do Estado, pelo Decreto n. 119-A, de 1890⁵. Interessante ressaltar o percurso dos argumentos para sua legitimação, diante da influência da Igreja Católica no Poder Legislativo:

Preocupado com o alto número de uniões ilegítimas, o Visconde (de Taunay) defendeu: “casamento civil obrigatorio para todos - eis o escopo verdadeiro aos olhos daquelles que desejam ver bem reguladas todas as relações sociaes.”

Tais argumentos inseriram uma questão que se tornaria cada vez mais comum nas discussões sobre a secularização: o Estado deveria criar mecanismos para que as famílias fossem reguladas a partir de elementos morais significativos para a ética vigente. Também é possível perceber no discurso do Visconde o apelo ao progresso e a necessidade de sua instalação no país (ROCHA, 2014, p. 34).

⁴ É interessante compreender o que perpassou a promulgação do Estatuto, sugiro, para isso, DE NOVAES MARQUES, Teresa Cristina; DE MELO, Hildete Pereira. Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962. Ou como são feitas as leis. Estudos feministas, p. 463-488, 2008.

⁵ Trata-se de decreto que “Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias.”

A essa altura, a mobilização pelo divórcio, entre aqueles responsáveis pela norma jurídica, já se manifestava. Na resistência a essa, era frequente a alegação de que se tratava de ideais iluministas, que não deveriam ser influências (ROCHA, 2014, p. 45).

Josefina Álvares de Azevedo (1890 *apud* ROCHA 2014, p. 101), fundadora do Jornal "A família", ainda neste ano de 1890, afirmou:

que uma das condições implícitas do contrato civil era o divórcio, e que não era conveniente que uma união dessa natureza acompanhasse dogmas religiosos, conclamando pela laicidade. (...) Ademais, considerava o divórcio um ótimo instrumento para a emancipação feminina (...) (ROCHA 2014, p. 101)

Como se vê, mesmo no século XIX, a luta pelo divórcio possuía, para alguns, ares de demanda por direitos de mulheres, tal como o panfleto de Pardal Mallet que dedica sua mobilização à sua noiva, segundo Rocha (2014, p. 52), e citando expressamente “respeito à mulher” e “reivindicação dos seus direitos”. Também havia diversos feitos anteriores à Lei do Divórcio de mulheres pretendendo anular o casamento ou divorciar (no sentido da separação de corpos) diante de situações de adultério, humilhação, sevícias (maus tratos) ou casamentos forçados, segundo Isabela Guimarães Rabelo do Amaral (2012). De todo modo, quando a demanda era ajuizada pelo marido, a dissolução ocorria com muito mais facilidade (DO AMARAL, 2012, p. 140)⁶.

Em um paralelo com uma situação jurídica ainda desregularizada, cito o chamado concubinato - “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. O que convencionou-se tratar como concubinato adulterino é aquele relacionamento que ocorre paralelamente a outra união envolvendo uma ou ambas as partes. Seria a caracterização do chamado “amante”. Acontece que na invisibilização jurídica desses casos, se comprovado que o concubino tinha ciência do outro relacionamento - o legítimo -, o vínculo adulterino deixa de ser considerado na esfera da juridicidade, perdendo qualquer efeito civil de conjugalidade. É visto, no máximo, apenas como sociedade de fato, impossibilitando a garantia do direito a alimentos. Quanto a isso, explica Maria Berenice Dias:

Como, em regra, o patrimônio está em nome e nas mãos do homem, é onerada a mulher com o encargo de provar que contribuiu de forma efetiva e aporte financeiro para o acréscimo patrimonial eventualmente ocorrido. Mas, se não houve aquisição de bens, nada lhe é deferido, nem alimentos e nem qualquer direito sucessório. Da relação que, indiscutivelmente existiu, safa-se o homem sem qualquer ônus ou encargos, ficando com a integralidade dos bens (DIAS, 2013, p. 2).

⁶ Uma informação interessante é a de que o chamado desquite foi abordado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 1950, como "aspecto cultural" e, de 1954 a 1962, como “aspectos negativos ou patológicos” (SADEK, 2006).

A doutrinadora faz claro destaque para a desigualdade de renda entre homens e mulheres, e para como a falta de regulamentação de uma situação pode vir a prejudicar determinada parte de um vínculo. Na ausência de reconhecimento jurídico da possibilidade do divórcio, as partes ficavam à mercê das relações de poder e possibilidades de argumentação no que tange, por exemplo, ao acesso aos bens acumulados ao longo do relacionamento.

Antes da Lei n.º 6.515, de 1977, referente à dissolução conjugal, a presunção de regime de bens era de comunhão universal e não parcial. Denota um exemplo da desconsideração do legislador quanto a possibilidades de mulheres lidarem com seu patrimônio (BARSTED, GARCEZ, 1999). Além disso, foi apenas nesse advento que se estabeleceu que ambos os cônjuges separados judicialmente teriam de contribuir, com proporcionalidade, da manutenção dos filhos.

Mesmo assim, ressalto que sempre existiram mulheres mães solteiras, casadas com maridos ausentes (WOORTMANN, WOORTMANN, 2004, p. 13), de famílias matrifocais⁷, entre outras.

Acessando os estudos de Rômulo Andrade (1998) como exemplo, que analisou as Escrituras de Compra e Venda do tráfico de escravizados, dos anos 1860 a 1887, em Juiz de Fora e Muriaé, vê-se a alta frequência de transações que culminavam no rompimento das unidades familiares dos negros escravizados. Enquanto isso, em um estudo sobre a cidade de Mariana (TEIXEIRA, 2016, p. 10), entre 1800 e 1888, verificou-se o predomínio de famílias de escravizados matrifocais. Revela-se, então, que possivelmente a defesa da manutenção de famílias nucleares não se configurava para todos os grupos sociais.

Na virada do século, na análise de Rocha (2014, p. 59), no parlamento recorreram-se aos elementos do amor e do afeto para desenvolverem sua defesa à legislação pelo divórcio, inclusive compreendendo que, se na ausência desses e se um marido fosse violento, deveria ser legítimo que a esposa se divorciasse. Rocha (2014, p. 48) também aponta o casamento civil e a demanda pelo divórcio como indicativos da perda da influência religiosa tanto nos espaços públicos quanto nos privados.

Diante da Lei do Divórcio, em 1977, portanto, passou-se a regular e legitimar situações que já ocorriam na prática. Porém, com isso, os efeitos e garantias foram formalizados. Pelo divórcio, qualquer que seja a constituição do casamento, a sua desconstituição não poderia ser automática, também havendo requisitos para a sua

⁷ O estudo das famílias matrifocais é especialmente recorrente diante da realidade, ao longo da história, da Bahia (HITA, Maria Gabriela, 2004; HITTA, Maria Gabriela, 2002; Pacheco, Ana Claudia Lemos, 2008, etc)

consolidação. Em geral, após comprovada a separação de fato por um ano, a relação ficaria apta à separação judicial e, mais um ano depois, ao divórcio propriamente dito.

Através dessa lei, quando a separação fosse litigiosa, isto é, quando não havia consenso na decisão pela mesma, ensejava a identificação do elemento “culpa” para prosseguir com a ação judicial. Nisso, nesse período, segundo Maria Berenice Dias,

Fatores socioculturais e de ordem religiosa levam à necessidade de buscar a identificação de um culpado para o fim de uma relação. De forma nítida, evidenciase a tentativa de se manter a função institucional do casamento como meio de preservar a família, tida como a célula mater da sociedade. Por isso, adotou a legislação pátria o princípio da culpa como único fundamento para a dissolução coacta do casamento. Não havendo consenso, o cônjuge culpado não pode pedir a separação. Na valoração da culpa, visualiza-se uma concepção contratualista do casamento, em que o descumprimento das obrigações acarreta imposição de sanções. Inflige-se uma punição, um castigo, enfim, a aplicação de uma penalidade a quem deu causa à dissolução da sociedade conjugal. (DIAS, 1998, p. 1)

Quer dizer, o art. 5º, caput, da lei em comento estabelece “A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum”.

Cabe reflexão a respeito deste marco. Marlene de Favéri (2009, p. 4) explica que permitiu regularizar “questões pertinentes ao patrimônio familiar e também aos direitos previdenciários (seguros, pensões, pecúlios, etc.), pois o divórcio viria proporcionar a oportunidade de recomposição familiar e, principalmente, dar estabilidade moral às mulheres e reconhecimento civil aos filhos dessas uniões”. Em uma análise de processos de divórcio de 1977 a 1985, identificou ser recorrente argumentações sobre o modelo “esposa/dependente-marido/provedor”, a fim de garantir estabilidade financeira à mulher divorciada (DE FAVERI, 2009). Contudo, por meio dessa mesma lei, destaca-se a menção em ações de mulheres chefes de família que se declaravam propriamente independentes (DE FAVERI, 2009).

Finalmente, com a Constituição Federal de 1988, modificou-se um pouco o olhar do ordenamento jurídico sobre o casamento e a família. O casamento é tratado como um direito - gratuito, ato civil e associado ao agrupamento base da sociedade e protegido pelo Estado. Desde a Constituição de 1891 que havia esse dispositivo da gratuidade e, a partir da redação dada via Emenda Constitucional à Carta Magna de 1969, foi evidenciada a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. Entretanto, só em 1988 tem-se a garantia de proteção ao casamento em termos como a liberdade de planejamento familiar.

Além disso, a Constituição veio a esclarecer a legitimidade das uniões estáveis como também associadas à família. Também, como explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, passou-se a entender como essencial a incorporação da pauta da igualdade nas situações sociais (FARIAS, ROSENVALD, 2011b).

Para Leila Linhares Barsted, o art. 226, § 5º, da Carta Magna, que se refere à igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal, basicamente opõe a todo o capítulo sobre direito de família do Código Civil então em vigor, alterando completamente o ordenamento jurídico em direito civil (BARSTED, GARCEZ, 1999, p. 23).

De todo modo, em 2002 foi instituído o novo Código Civil. Porém, mesmo antes desse, uma interpretação do Código anterior, à luz da Constituição de 1988, exporia dispositivos tais como os que se referem ao pátrio poder e à necessidade de autorização do marido para determinados atos da vida civil.

Conforme o Código Civil de 2002, substituiu-se o termo “pátrio poder” por “poder familiar” – como já havia sido adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Pelo pátrio poder, as mães seriam, conforme legislação, apenas colaboradoras no cuidado da família, e não sujeitos nesse. Da transição, reconhecendo o papel de mães e pais no cuidado, o poder familiar estabelecesse deveres também, para além dos direitos. Além disso, torna-se poder parental, e não do pai, tendo as mães direitos equivalentes aos pais sobre a guarda de crianças. Também, o Código Civil de 2002 detalha mais as hipóteses quanto à perda do poder familiar.

Em linha completamente coerente com os dispositivos da Carta Magna, a Lei Maria da Penha foi promulgada em 2006. Ela permite compreender que

se existe violência doméstica, a hipótese é de violação de direitos humanos e, por isso, demanda uma atuação estatal efetiva. Questiona-se, assim, o princípio do Código Civil de que a família é um espaço alheio a intervenção estatal: a violência doméstica é um fator que demanda a atuação estatal nesses espaços que, como toda intervenção externa, deve se restringir ao necessário (não deve ser vista como uma forma de tutela) para garantir as liberdades e direitos individuais fundamentais. (OLIVEIRA, 2015, p. 71)

A intervenção estatal, por meio dessa Lei, se fez legítima no espaço privado. Tem-se as medidas protetivas de urgência listadas nos artigos 23 e 24 da Lei n.º 11.340, de 2006, que confrontam, mesmo na seara cível, elementos relacionados à autonomia da vontade, e pactuações, podendo suspender até atos de vontade unilaterais - isto é, das procurações conferidas pela ofendida ao agressor (III, art. 24) -, a título de exemplificação.

Ainda sobre as alterações promovidas na prática jurídica que se relacionam com o tema do matrimônio, proponho a reflexão sobre a legitimação do casamento homoafetivo.

Thiago Coacci, em profunda análise da chegada ao judiciário de questões relacionadas aos direitos de gays e lésbicas no Brasil, identificou que a judicialização (ou ao menos a provocação nas instâncias superiores) é mais comum quanto à conjugalidade e à parentalidade, como forma de realização de direitos relacionados a propriedade (patrimônio), saúde e nação - quer dizer, perpassando temas como herança, direito a residência no Brasil, entre outros (COACCI, 2014).

Nessa toada, em 2011 ocorreram os julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, através dos quais o STF equiparou as uniões homoafetivas às heterossexuais⁸ para efeitos de garantia de direitos e deveres. Ainda, menciono a Resolução n.º 175 do Conselho Nacional de Justiça, aprovada em 2013, que obrigou que os cartórios do país convertessem a união estável homoafetiva em casamento e celebrassem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Interessante que mesmo sendo as ações definidas por votos fundamentados de modo diverso, Coacci identificou a constante presença de elementos como a valorização da diversidade sexual, promoção da dignidade da pessoa e a popularização do termo homoafetividade. Mais uma vez aqueles que advogavam por alterações relacionadas ao instituto do casamento recorreram ao termo “afeto” ou “afetividade”, assim como na defesa da regulação do divórcio. No caso das relações homoafetivas, trata-se de marco explícito da chamada democratização e constitucionalização das relações sociais e familiares - retomando o marco da Constituição Federal de 1988.

Vale buscar a explicação de Maria Berenice Dias - doutrinadora de grande importância para a regulação das uniões homoafetivas -, que localiza este momento em meio a outros adventos pós-Constituição de 1988:

Do conceito unívoco de família do início do século passado, que a identificava exclusivamente pela existência do casamento, chegou-se às mais diversas estruturas relacionais, o que levou ao surgimento de novas expressões, como “entidade familiar”, “união estável”, “família monoparental”, “desbiologização”, “reprodução assistida”, “concepção homóloga e heteróloga”, “homoafetividade”, “filiação socioafetiva”, etc. Tais vocábulos buscam adequar a linguagem às mudanças nas conformações sociais, que decorreram da evolução da sociedade e da redefinição do conceito de moralidade, bem como dos avanços da engenharia genética. Essas alterações acabaram por redefinir a família, que passou a ter um espectro multifacetário (DIAS, 2004, p. 1).

⁸ Uma união estável, embora reconhecida como entidade familiar, se diferencia de um matrimônio, juridicamente falando. Porém, é também apoiada em convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, nos termos do próprio Código Civil, inclusive.

Como mostrarei, no Capítulo 2, trata-se de visão que se alia à primazia de aspectos como afeto, democratização e constitucionalização.

1.2 Categorias para a análise dos manuais

Segundo Laura Souza Lima e Brito, o Direito de Família se trata de "uma área jurídica sob a qual se revelam os conflitos mais íntimos das pessoas, e pela qual são levados ao conhecimento do Poder Judiciário demandas tão diversas que escapam a qualquer tentativa de simplificação" (BRITO, 2013, p. 76). Diante disso, é imperiosa a compreensão de que o Direito das Famílias - e provavelmente todas as outras áreas do Direito em um Estado que se pretenda Democrático -, recebe, e deve receber, influências de outras áreas do saber. Por exemplo, no que concerne às legislações sobre a sexualidade, Gayle Rubin (2003, p. 23), ao analisar o tratamento dado ao sexo na Europa e nos Estados Unidos, entendeu que a normatização sobre essa não reflete apenas as avaliações morais, mas também é policiada por profissionais da saúde mental, ideologia popular e o que ela chama de práticas sociais extra-legais.

Mesmo nos manuais analisados no presente trabalho, verifiquei o apelo à interdisciplinaridade, inclusive como orientação para o convencimento de juízes, mesmo com ressalvas:

no âmbito das demandas familiares, é indispensável mesclar o direito com outras áreas do conhecimento que têm, na família, seu objeto de estudo e identificação. Nessa perspectiva, a psicanálise, a psicologia, a sociologia, a assistência social ensejam um trabalho muito mais integrado. (...) No entanto, não cabe à Psicologia vestir a toga para cominar ou inocentar um afeto sem lei, como juiz que ela não é (DIAS, 2016, p. 85).

Assim, utilizarei de algumas ferramentas de outras áreas do conhecimento para guiar minha análise da natureza jurídica do casamento de frente para o conteúdo dos doutrinadores brasileiros. Essencialmente, utilizarei-me da compreensão de retóricas centrais à sustentação do casamento no Brasil: contratualismo, democracia racial e construção do gênero.

1.2.1 O contratualismo e sua crítica aplicados à realidade brasileira

A Ciência Política nos fornece uma crítica à teoria do contrato social, em termos que facilitam a compreensão das noções de liberdade e igualdade, tão caras ao Direito Privado e ao Estado Democrático de Direito. Na análise do conteúdo atribuído ao casamento no Direito brasileiro, vislumbraremos referências a essas categorias, especialmente a respeito de privacidade, liberdade e consentimento. Entender o contrato sexual - um dos vieses revisionistas do contrato social - no Brasil implica compreender as articulações concernentes

a raça e classe, fundantes do modelo de sociedade brasileiro. Não é possível pensar contrato sexual de modo desconectado da retórica da democracia racial, conforme explicarei.

Ocorre que a teoria contratualista, tida como fundamental à Teoria Política Moderna, informa, de modo geral, que a sociedade civil se fundou em um contrato social entre indivíduos que renunciam ao que costuma se chamar de liberdade natural em prol do Estado. Trata-se, à primeira vista, de uma doutrina emancipatória, que propõe, como explicou Carole Pateman (1993), que os indivíduos sejam livres e iguais, inclusive no exercício de seus direitos políticos, compreendendo a existência de uma esfera pública, onde a liberdade civil possa ser garantida, porém mediada pelo Estado. Contudo, Charles W. Mills (2013, p. 16) chamou a teoria do contrato social de teoria do homem branco.

Pateman (1993), em aprofundada análise do conteúdo dos principais teóricos contratualistas - Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e John Locke - identificou que a construção teórica destes ignora um aspecto essencial para os termos do contrato social, isto é, o contrato sexual que o sustenta. A pertinência do que é desenvolvido na obra “O Contrato Sexual” para o presente trabalho se firma especialmente porque a autora analisa explicitamente a figura do casamento diante deste pacto social-sexual, identificando o que ela chamou de patriarcado moderno⁹. Importa que este se perpetua na história ocidental.

Ocorre que, nos termos liberais, todos os indivíduos adultos desfrutariam “da mesma condição civil e podem exercer sua liberdade como se esta tivesse reproduzindo o contrato original quando participam, por exemplo, do contrato de trabalho ou do contrato de casamento” (PATEMAN, 1993, p. 16). Nesse sentido, pode-se atribuir, quando se observa o casamento, uma centralidade para consentimento e voluntarismo, quer dizer, a celebração só é possível quando ambos os nubentes manifestam-se concordando com a união.

A autora observou a importância dada à chamada esfera pública pela noção liberal do contratualismo:

Uma vez que se introduz o contrato, a dicotomia pertinente passa a ser entre a esfera privada e a esfera pública, civil - uma dicotomia que reflete a ordem da divisão sexual na condição natural, que é também uma diferença política. (...). A esfera privada, feminina (natural) e a esfera pública, masculina (civil) são contrárias, mas uma adquire significado a partir da outra, e o sentido de liberdade civil da vida pública é ressaltado quando ele é contraposto à sujeição natural que caracteriza o domínio privado. (...) o significado do que é ser um ‘indivíduo’, produtor de

⁹Patriarcado tem sido utilizado, segundo Gayle Rubin em 1993, como um termo diferenciador para “forças que mantêm o sexismo de outras forças sociais. (...) Seu uso é análogo ao uso do termo capitalista para se referir a todos os modos de produção, quando o mérito do termo “capitalismo” reside exatamente em permitir a distinção entre os diferentes sistemas através dos quais as sociedades são providas e organizadas.” (1993, p. 6). Mais tarde também utilizarei a noção de “sistema de sexo-gênero” que a seguir será mais acurado para o objetivo do presente trabalho.

contratos e civilmente livre, é revelado através da sujeição das mulheres dentro da esfera privada. (PATEMAN, 1993, p. 28).

Como se vê, a mulher e o homem no casamento heterossexual possuem significados relacionais, sendo que no suposto contrato de casamento passa a existir a esposa e o marido, com uma série de dicotomias os envolvendo que, para a autora, disfarçam o que na verdade é uma contratação entre subordinação e dominação muito específicas.

Pateman explicitamente está analisando o que se chama de família nuclear ocidental, sendo provavelmente racialmente específica, ou seja, branca. Nesses casos, mulher e esposa são usados como sinônimos tanto conceituais quanto linguísticos (OYÈWÚMI, 2000, p. 3). Explicando muito convenientemente a lógica dessa família nuclear, Oyèronké Oyéwúmi observa que

essa segue uma oposição binária que mapeia como privado o mundo da mulher, em contraste com o mundo muito público do homem (não “esposo”, pois o homem não é definido pela família). Sua presença define o privado; sua ausência é a chave para a sua definição como privado (OYÈWÚMI, 2000, p. 3).

Flávia Biroli, em um detalhamento sobre a divisão sexual do trabalho, de modo mais consciente sobre as relações de raça como interseccionadas com gênero, observou que, levando em conta a situação de mulheres casadas e divorciadas, existe uma dinâmica que define "padrões conjugais, afetivos, ocupacionais e incide na construção dos direitos" (BIROLI, 2016, p. 727) relacionada diretamente a uma divisão sexual do trabalho. Ela denota a relação entre capitalismo e a exploração fundada no gênero e confirma que não se restringe e tampouco se fortalece apenas pelo casamento, mas também faz parte da vida de mulheres solteiras e divorciada (BIROLI, 2016, p. 727). Existe uma série de instituições orientadas para desigualar homens e mulheres na sociedade que não sejam apenas pelo casamento. A própria Pateman (1993) nos informa da dinâmica da prostituição também, por exemplo.

Quer dizer, o casamento não é a simbologia máxima, ou mesmo a trincheira máxima a ser enfrentada, se reconheço a desigualdade em qualquer que seja este suposto acordo entre supostos indivíduos livres. Mas, tal qual propõe Carole Pateman, é uma das evidências da manipulação sobre a visão tradicional do contrato social: como livre e igual. Ocorre que, as mulheres são sequer vistas como indivíduos em sua totalidade. Ainda, em profunda análise do genocídio sofrido pela população negra no Brasil, Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2006) explica o processo de catalogação das pessoas dentro da sociedade, que as afasta ou aproxima do sentido de humanidade, por meio do racismo. Sobre a premissa desumanizadora da Escravocacia do Brasil, continua:

as funções de todo o regimento da vida dentro do privado ou num ambiente público contaminado por seus fundamentos, sempre estiveram associadas à produção da morte, como forma de garantia material e simbólica das relações de subserviência, mesmo quando a base de todo o empreendimento estava relacionada à vida (FLAUZINA, 2006, p. 95).

Segundo Pateman, o que permite o exercício dos direitos políticos aos homens, nos termos do Contrato Social da Teoria Política Moderna, é a garantia de que existem mulheres excluídas do papel de sujeito nos espaços públicos e de que os homens tenham acesso sexual permitido a essas. Dessa forma, ao conceber a liberdade na sociedade civil dos indivíduos, o contrato social ignora que a esfera pública - onde exercem essa liberdade -, está diretamente relacionada e dependente dos contornos da esfera privada. Aliás, o contratualismo historicamente ignora também que nem todas as pessoas que chegam ao domínio da esfera pública são livres ou iguais.

Outra autora parte da noção de acumulação primitiva, como o período histórico entre os séculos XV e XVIII que permitiu a instalação do modelo econômico do capitalismo na Europa. Assim, observa que o processo de cercamento e privatização de terras - que antes eram comuns-, e o estabelecimento das relações monetárias, foi aliado à substituição da produção-para-uso (para subsistência) pela produção-para-o-mercado (FEDERICI, 2017, p. 145). Com isso, ainda com o olhar sobre a Europa Ocidental, explica que entre os séculos XVI e XVII, ocorreram os fenômenos tais quais a diminuição da remuneração para as mulheres e a massificação da prostituição.

Ocorre que, nas décadas de 1620 e 1630 foi o auge da crise demográfica e econômica (FEDERICI, p. 169), na Europa e em suas colônias, após toda sistemática violência impetrada sobre os trabalhadores europeus e nativos das colônias, como parte principal do processo de acumulação primitiva do capitalismo. A população encolhia, quer como resistência à reprodução em condições precárias ou como consequência de doenças e saúde debilitada, e os salários também, inclusive diante da ilusão de mão-de-obra infinita nas colônias para os capitalistas (FEDERICI, 2017, p. 208-209). De acordo com Federici, na América, a verdadeira riqueza era o trabalho acumulado por meio do tráfico de escravos, “que tornou possível um modo de produção que não poderia ser imposto na Europa” (FEDERICI, 2017, p. 207).

O fato é que, diante disso, associando trabalho, tamanho de população e acumulação de riquezas, passou-se a ter uma preocupação - estatal, institucional e não institucional - em exercer controle sanitário, sexual e penal sobre os corpos das pessoas (FEDERICI, 2017, p. 169). Já no século XVIII, diante disso, "sexo" tornou-se assunto para a produção acadêmica,

política, econômica e administrativa (FOUCAULT, 1988, p. 26). Com isso, buscou-se perpetuar a noção de família como instituição-chave que viabiliza a transmissão da propriedade e a reprodução da força de trabalho, retirando institucionalmente e coercitivamente o poder das mulheres sobre a reprodução. Nas colônias as mulheres escravizadas passaram a ser vistas como “criadoras de novos trabalhadores”, especialmente no pós-abolição do tráfico de escravizados. Ressalto que, no segundo caso, as agressões físicas e psicológicas eram muito mais rotineiras e naturalizadas. Também, nas colônias, com o início dessa “política de criação de escravos” (FEDERICI, 2017, p. 227) em alguns locais diminuiu-se a jornada de trabalho das escravizadas mulheres, mas essas continuaram sujeitas aos ataques sexuais. Contudo, continuavam baixas as taxas de natalidade.

Foi aqui que as atividades realizadas por mulheres passaram a ser vistas como “não trabalho” e traduzidas como “apenas” tarefas domésticas, e, portanto, desvalorizadas - mesmo quando exerciam atividades para vender os produtos, como por exemplo a costura (FEDERICI, 2017, p. 182). Em relação à usurpação de seus direitos sexuais e reprodutivos, a autora aponta uma série de métodos direcionados para invisibilizar os conhecimentos contraceptivos e o processo de criminalização da prostituição. Paradoxal, pois, pelos baixos salários dos maridos e pela limitação do acesso de mulheres a empregos, foi nesse período que a prostituição se tornou a principal forma de subsistência de muitas mulheres (FEDERICI, 2017, p. 185).

No século XIX, aliado com o pacto social-sexual apontado por Pateman, foi consolidada a figura da dona de casa em tempo integral, orientando-se com a “redefinição da família como lugar para a produção da força de trabalho” (FEDERICI, 2017, p. 188), a feminilidade, enquanto passividade, torna-se o modelo ideal (FEDERICI, 2017, p. 205). Nessas articulações a mulher definitivamente foi deslocada de eventual autonomia, para ser vista de forma bastante semelhante ao modo como o campesinato via a terra comum: bem comum e meio de reprodução. E, concretamente, por ser-lhe negada a propriedade ou o salário, a mulher realmente ou era empurrada para o espaço privado, ou ficaria sujeita a uma série de violações nas ruas.

Assim, sabe-se que compreender que as tarefas reprodutivas não permitem o provimento de dinheiro implica ignorar que o trabalho externo realizado pelos indivíduos usualmente é permitido ou facilitado pela presença de alguém - provavelmente uma mulher -, no espaço privado exercendo as chamadas tarefas domésticas. Desde o estabelecimento do modelo capitalista, a presença de mulheres como esposas, prostitutas e/ou criadas exercendo atividades mal ou não remuneradas, permite o que aponta Biroli: “o trabalho que as mulheres

fornece gratuitamente, como aquele que está envolvido na criação dos filhos e no cotidiano das atividades domésticas, libera os homens para que se engajem no trabalho remunerado” (BIROLI, 2016, p. 726).

Aliás, neste seu trabalho que questiona a relação entre a divisão sexual do trabalho e a democracia, Biroli (2016) é bem sucedida em demonstrar que a divisão das formas de trabalho - e de acesso a trabalhos - entre homens e mulheres, afeta as possibilidades dessas de participar e influenciar em decisões e normas, dizendo total respeito à cidadania e à autonomia. Quer dizer, as diferenças de possibilidades aos diferentes gêneros rompem com o suposto ideal de liberdade e igualdade no exercício de direitos políticos. Explicou que

A análise do trabalho realizado na esfera familiar evidencia as hierarquias que organizam as relações dentro e fora dela. (...) A participação na política institucional amplia os recursos para a politização e ressemantização das experiências e dos problemas enfrentados pelas pessoas. Trata-se de um âmbito privilegiado das disputas, em que se definem quais são as necessidades prioritárias e o que seria preciso para atendê-las, assim como para a construção coletiva e validação política dos interesses. A exclusão sistemática de alguns grupos expõe o caráter hierarquizado da democracia, mantendo-os numa condição de sub-representação e de marginalidade no debate público, na construção de normas e políticas públicas (BIROLI, 2016, p.746).

Na verdade, uma das conclusões a que o livro de Pateman chegou é que não apenas estão as esferas pública e privada interligadas na sociedade, como uma é o que sustenta a outra, além de que, embora a noção contratualista de surgimento da sociedade civil se faça igualitária e até mesmo superadora do paternalismo clássico, é a desigualdade de gêneros que o torna tão eficaz na garantia dos direitos dos homens.

Nesse sentido, também, Charles W. Mills propõe que seja feita uma “versão revisionista do contrato e de sua transformação em uma teorização da justiça racial e de gênero” (2013, p. 17). Ele mesmo aponta que o uso do "contrato" tem sido usado teoricamente de modo leviano na teoria. Quer dizer, existe uma dificuldade de definir a pertinência do seu emprego¹⁰. Entretanto, o presente trabalho buscará evitar o que ele aponta, sendo certo que as bases da teoria contratual e do que legitima o contrato original, são também premissas do direito privado e da celebração do casamento. Mills inclusive considera o contrato - ao menos aquele explicado por Rousseau, como um "estratagema", de modo que, na verdade, as instituições criadas a título de civilização

¹⁰ Para o Charles W. Mills, o “contrato” vem sendo utilizado ora em termos descritivos sobre a formação da sociedade civil, ora normativos, relacionado a premissas e noções morais da vida social. Em resumo: “o contrato como um dispositivo de representação literal, metafórico, histórico, hipotético, descritivo, prescritivo, discreto, moral, constitucional, civil, de ideal de regulação” (MILLS, 2013, p. 18-19) .

irreversivelmente destruíram a liberdade natural, fixaram para sempre o Direito de propriedade e desigualdade, transformaram uma artificiosa usurpação em um direito irrevogável e, para o lucro de alguns poucos homens ambiciosos, subjugaram desde então toda a humanidade ao trabalho, à servidão e à miséria (2013, p. 21).

As mulheres, portanto, passando por essas instituições “faz(em) e não fa(zem) parte da sociedade” (PATEMAN, 1993, p. 266), assim como outros grupos sociais. Ocorre que, mesmo que historicamente (como já visto no presente trabalho) mulheres não tivessem condições materiais - base econômica, deveres relacionados a maternidade, etc -, ou mesmo legais, de exercer sua cidadania plena e independência, para ser parte do contrato original, foi necessário que fossem consideradas capazes para tomar parte em contratos como o de casamento (PATEMAN, 1993). Se o contrato de casamento fosse entre iguais provavelmente não haveria que se diferenciar as partes em “marido” e “esposa”.

Algumas pessoas, entre essas as mulheres, apenas constituem a sociedade civil quando não chegam a ocupar espaços que ameacem os direitos políticos de homens, entre eles, como será melhor verificado, o de acesso sexual. Pateman e Mills apontam, então, que não ocorre que devam se opor às retóricas de liberdade e igualdade do contratualismo, mas que essas

ofuscam realidades sociais básicas, incorporam certas divisões conceituais tendenciosas (e.g., o modo como é representada a distinção público/privado) e, assim, minam o potencial igualitário normativo e transformativo do sistema. Assim, argumento que nossa atenção crítica deve realmente ser direcionada a esses pressupostos adicionais “mais densos” que dão forma ao conceito, em vez da “tênue” ideia do contrato propriamente dito (no sentido minimalista esboçado acima) (MILLS, 2013, p. 30).

O sentido minimalista a que se referiu, é este das abstrações sobre os ideais do contrato original. Mills continua:

Embora seja verdade que a sociedade e o Estado são criações humanas, é obviamente falso que, como a teoria hegemônica do contrato classicamente sugere, todos os seres humanos (adultos) são contratantes iguais, contribuem causalmente da mesma forma para esse processo de criação e livremente dão consentimento esclarecido para as estruturas e instituições assim estabelecidas (MILLS, 2013, p. 30).

Em resumo, o que ele chamou de “sociedade de classes, patriarcado e supremacia branca” são criações políticas que, além de serem desconsideradas pelas retóricas de liberdade e igualdade, são alimentadas por essas (MILLS, 2013, p. 32). Faço ressalva, apoiada na própria Pateman (1993), embora os autores aqui abordados demonstrem que a sociedade civil se funda em relações estruturais de dominação e subordinação, não implica dizer que todo relacionamento interpessoal (inclusive heterossexuais) será feito por meio de violência ou abusos, mas as situações reais de liberdade e igualdade não são permitidas no formato patriarcal, entre homens e mulheres. Inclusive pelos exemplos já citados de acessos a trabalho

e participação política, por exemplo. Sem contar as não raras situações de violência sexual entre familiares, por exemplo. Observar o “lado oculto” do que lança as bases para a teoria política moderna há que influenciar os aspectos da visão jurídica - e as consequências dessa - sobre o casamento e a garantia de direitos para os envolvidos.

Acredito, com suporte em Mills que o estudo crítico do contrato social, pensando enquanto contrato de dominação, é um raciocínio que não pode ser ignorado,

longe de ser uma usurpação teórica, é a verdadeira herança da tradição do contrato social no que ela tem de melhor, sendo a teoria hegemônica do contrato que de fato tem traído sua promessa. Se a guerra é extremamente importante para ser confiada aos generais, pode-se dizer que a teoria do contrato social é importante demais para ser confiada aos teóricos do contrato social. Nós é que devemos reivindicá-la (MILLS, 2013, p. 63).

1.2.2 Gênero e sexo: categorias úteis aplicadas à realidade brasileira

Ao longo de todo este trabalho, mas especialmente neste tópico, pretendo fornecer o maior número de ferramentas teóricas para a minha análise, mesmo reconhecendo que em situações específicas alguns destes teóricos possam divergir. Faço-o, porque compreendo, com forte encontro com Janet Halley, que teorias que se distinguem são - provavelmente mesmo por causa das distinções -, pertinentes. Segundo ela:

(...) nossas diferentes teorias sobre sexualidade são úteis na medida em que elas dão visibilidade a diferentes estacas que distribuimos quando agimos política e legalmente. Teoria produz a realidade não apenas tornando-a visível, mas deslocando os termos disponíveis para consciência, desejo, e, portanto, interesse. (HALLEY, 2006, p. 4, tradução livre)¹¹.

Assim, mais um aproveitamento de outra área do saber são os estudos sobre *Kinship* ou sistemas de parentesco. Pateman se alongou em análises do que seria a sociedade pré-contrato, com fundamento em Claude Lévi-Strauss. Primeiramente, é essencial compreender que, para os estudos antropológicos, os sistemas de parentesco são menos constituídos biologicamente, mas “é, antes um sistema de categorias e status que muitas vezes contradiz as relações genéticas reais” (RUBIN, 1993, p. 7).

Gayle Rubin (2003), em “O tráfico de mulheres: notas sobre a ‘economia política’ do sexo”, buscou extrair “uma teoria sobre a opressão sexual do estudo do parentesco”, inspirada em Friedrich Engels. De algum modo Pateman também o fez ao se utilizar dos estudos de

¹¹ Texto original: “(...) our different theories about sexuality are useful to the extent that they throw into visibility different stakes which we then distribute when we act politically and legally. Theory produces reality not only by making it visible, moreover, but by shifting the available terms for consciousness, desire, and thus interest” (HALLEY, 2006, p. 4).

Lévi-Strauss. Um dos marcos da passagem do que seria o estado natural para o cultural, de algum modo mais civilizatório, é a proibição do incesto:

A proibição do incesto marca a grande linha divisória entre a natureza e a cultura ou civilização. A regra é o meio pelo qual a natureza é superada. Uma vez que a exogamia é a regra, os homens têm que encontrar mulheres fora do seu próprio grupo social (família). (...) O casamento, ou a troca ordenada de mulheres, que dá acesso sexual igual a todos os homens, é a troca originária que constitui a cultura ou a civilização (PATEMAN, 1993, p. 164).

Também, Rubin (2003) citou que:

os antigos tabus eram primariamente baseados nas formas de parentesco da organização social. Eles tinham o objetivo de deter uniões inapropriadas e prover a aliança adequada. Leis sexuais que derivavam dos pronunciamentos bíblicos eram destinadas a prevenir a aquisição de afins errados: aliança consanguínea (incesto), mesmo gênero (homossexualidade), ou espécies diferentes (bestialidade). (RUBIN, 2003, p. 14).

É preciso compreender que a proibição dessa forma de relacionamento tem uma função diante do *modus operandi* que se espera da sociedade. Traz o questionamento quanto a se outras proibições, especialmente se lançarmos o olhar sobre o contexto americano, para evitar anacronismos, também ocorrem por questões que vão além de aspectos morais como: “é errado que irmãs se relacionam sexualmente ou se casem com irmãos”.

Gayle Rubin, talvez por ser da área da antropologia, optou, por priorizar o termo sistema de sexo/gênero para compreender os arranjos das uniões nas sociedades e como elas podem ou não ser firmadas em aspectos desiguais.

(...)qualquer sociedade dispõe de mecanismos sistemáticos para lidar com o sexo, o gênero, os bebês. Tal sistema pode ser sexualmente igualitário, pelo menos em teoria, ou pode ser "estratificado de acordo com o gênero", como parece acontecer com a maioria dos sistemas conhecidos. (...)Já a noção de sistema de sexo/gênero, por outro lado, é um termo neutro que diz respeito a um domínio preciso, indicado simultaneamente que a opressão não é inevitável neste domínio, mas sim produto das relações sociais específicas que a organizam. (RUBIN, 1993, p. 6)

A título exemplificativo, cito "contextos étnicos" em que "existe a divisão de tarefas e as atividades relacionadas ao que a cultura ocidental denomina de doméstico (cuidado da casa e de filhos/as) são algo exclusivo das mulheres, porém, numa conotação de complementaridade e não de inferiorização, como ocorre em sociedades não indígenas" (FONSECA, 2016, p. 135-136). Perceber isso é essencial se pretendo compreender as normatizações e proibições dos arranjos matrimoniais no Brasil, mesmo que ainda apenas em termos doutrinários. Qualquer desigualdade fundada em gênero ou sexo não é inevitável e tampouco aleatória. Rubin discorre longamente, o que não farei, para exemplificar a inevitabilidade de divisões de gênero ou sexo desiguais do modo como vivenciamos.

Mas, quanto aos meios sistemáticos de lidar com sexo, gênero e bebês, cito Camilla de Magalhães Gomes:

(...)para retomar o que falei sobre a sexualização dos corpos está na diferente forma de tratamento dada a cirurgia em bebês intersexuais e as práticas de intervenções genitais femininas – definidas pela Organização Mundial de Saúde (WHO, 2017) como mutilação genital feminina - em outras culturas: enquanto a primeira é dada como prática necessária fruto de uma fonte de conhecimento civilizada, a segunda é vista como pura brutalidade, atividade violenta de barbárie. (...) Mas o que quero sugerir é: em ambas há uma norma de gênero por trás, mas, para cada uma delas há um diverso olhar racializado. Na sociedade ocidental, normas de gênero determinam que corpos podem ter vida, como os corpos podem existir desde que sejam adequados aos moldes do binário masculino-feminino. Performamos, no entanto, a naturalização desse discurso e, assim, a mutilação genital decorrente das cirurgias em bebês intersexuais são “descritas” como conquistas civilizatórias necessárias a uma vida “natural” (GOMES, 2017, p. 108).

Ou seja, ainda sobre o sistema de gênero e sexo, “os sistemas de parentesco (...) transformam machos e fêmeas em “homens” e “mulheres”” (RUBIN, 1993, p. 11), mas mesmo sem a correspondência plena da leitura biológica, ainda os fazem “homens” ou “mulheres”. E dessa forma se misturam sexualidade, performance e gênero.

Ambas as autoras (Pateman e Rubin) percebem o casamento, ao menos nos seus termos fundacionais, como um esquema de troca/transação de mulheres possível pela liberdade de acesso a essas que os homens possuem em um sentido que as objetifica. Rubin inclusive explica que, mesmo que homens possam ser trocados - “como escravos, prostitutos, estrelas do atletismo, servos ou com qualquer outro estatuto social catastrófico”, no qual eu incluo como negros -, para ela, as mulheres além de poderem ser trocadas “escravas, servas e prostitutas, mas também como simplesmente mulheres” (RUBIN, 1993, p. 10).

Sistemas de parentesco não trocam meramente mulheres. Eles trocam acesso sexual, estatutos genealógicos, ancestrais e nomes de linhagem, direitos e pessoas - homens, mulheres e crianças - em sistemas concretos de relações sociais. Estas relações sempre incluem certos direitos para os homens, outros para as mulheres. A “troca das mulheres” é uma abreviação para expressar que as relações sociais de um sistema de parentesco especificam que os homens têm certos direitos sobre suas parentes e que as mulheres não têm os mesmos direitos sobre si mesmas ou sobre seus parentes do sexo masculino (RUBIN, 1993, p. 10).

Ora, os tópicos anteriores trazem exemplos da concretude da distribuição desses direitos, em termos de divisão do trabalho ou de liberdade para o divórcio, por exemplo. Antes de seguir para outras categorias teóricas que serão importantes para este trabalho, me utilizo do exemplo da denúncia de André de Oliveira, já citado, que discorreu sobre as situações em que é necessário ser decidida a atribuição de guarda de filhos ante a separação, em Ceilândia/DF, e como se vulnerabiliza a garantia de vida sem violência às mulheres

nesses contextos. Ele verificou casos nos quais não foi decidido pelo afastamento total entre agressor e vítima.

De todo modo, a compreensão do sistema gênero-sexo, não se faz apenas a partir da leitura biológica, ou da natureza. Embora gênero e sexualidade possam ser enxergados como elementos aleatórios ou ignoráveis para o funcionamento de uma sociedade - e talvez até deveriam ser -, não são.

A sexualidade é construída social e historicamente orientada por discursos e saberes (LOURO, 2000, p. 6), entre eles o Direito, a Medicina, a Psiquiatria e Psicologia. A sexualidade, para Louro, se constrói como uma das múltiplas identidades que compõem cada ser humano:

Essas múltiplas e distintas identidades constituem os sujeitos, na medida em que esses são interpelados a partir de diferentes situações, instituições ou agrupamentos sociais. Reconhecer-se numa identidade supõe, pois, responder afirmativamente a uma interpelação e estabelecer um sentido de pertencimento a um grupo social de referência. Nada há de simples ou de estável nisso tudo, pois essas múltiplas identidades podem cobrar, ao mesmo tempo, lealdades distintas, divergentes ou até contraditórias. (LOURO, 2000, p. 6).

Isso implica dizer que questões que dizem respeito, entre outros aspectos, a identidade, não se formam apenas por uma característica ou escolha, mas por uma série de atributos, formados também pela “intervenção da medicina, da psicologia, do trabalho social, das escolas e outras instâncias, todas procurando nos dizer quais as formas apropriadas para regular nossas atividades corporais” (LOURO, 2000, p. 28-29).

Por exemplo, aproveito para me utilizar das três imagens de que Lélia Gonzales (1984, p. 2) lança mão para explicar a articulação entre racismo e sexismo no Brasil, a partir de uma série de debates vivenciados pela autora. São elas as visões estereotipadas da "mulata, a "doméstica" e a "mãe preta". São percepções que se relacionam inclusive com a mídia da segunda metade do século XX, sendo devida a reflexão sobre se hoje os tipos seriam (ainda) apenas esses. Mas não cabe essa discussão ao presente trabalho.

Antes, porém, é necessário visualizar a aplicação do mito da democracia racial no Brasil. Trata-se de uma construção tanto acadêmica quanto política e ideológica, fundada no receio das elites de subversões (FLAUZINA, 2006). A alegação de que o Brasil se faz em democracia entre as raças "apareceu como uma alternativa de dominação que evitava o confronto direto, mantendo intactas as assimetrias raciais" (FLAUZINA, 2006, p. 37). Nisso, fez-se suposta defesa da mestiçagem, dissolvendo a desigualdade racial em diferenças pontuais e em questão de classe.

De qualquer forma, sobre a mulata e a doméstica Gonzales explana:

Como todo mito, o da democracia racial oculta algo para além daquilo que mostra. Numa primeira aproximação, constatamos que exerce sua violência simbólica de maneira especial sobre a mulher negra. Pois o outro lado do endeusamento carnavalesco ocorre no cotidiano dessa mulher, no momento em que ela se transfigura na empregada doméstica. É por aí que a culpabilidade engendrada pelo seu endeusamento se exerce com fortes cargas de agressividade. É por aí, também, que se constata que os termos mulata e doméstica são atribuições de um mesmo sujeito. A nomeação vai depender da situação em que somos vistas (GONZALES, 1984, p. 228).

Além de serem imagens que se afastam de modelos femininos desassociados de exercício de sexualidade, também são modelos de mulheres que transitam pelos espaços públicos. Demonstram que as marcas de gênero são manifestadas em corpos e vivências das mulheres que não permanecem apenas no espaço privado, mas de outros modos em espaços públicos de suposto exercício de direitos iguais. Quanto a isso, Flauzina detalha:

Circulando pelo espaço público antes e com muito mais intensidade do que as mulheres brancas, as negras teriam de ser controladas de perto nesse ambiente, que, paradoxalmente, não lhes era próprio pela sua condição feminina. Ou seja, o processo de desumanização imposto às mulheres negras pelo racismo solapa as possibilidades de se reconhecer nesse segmento os atributos típicos da feminilidade, o que abre espaço para que à pena privada que lhes é imposta somem-se também as marcas da pública (FLAUZINA, 2006, p. 132).

Ainda, é imprescindível a percepção do processo de consolidação do racismo no Brasil, com base na "fantasia da hiper-masculinidade do colonizador português, o qual, através das relações sexuais com mulheres indígenas, dissemina “civilização” europeia na “barbárie” africana" (SABINE, 2010, p. 189). Aos homens negros, de outra sorte, passa a ser atribuído o "rótulo de masculinidade inadequada, ou aberrante, rótulo este que dissimula a impotência e a incompetência da brutal patriarquia colonial" (SABINE, 2010, p. 189).

Acontece que a formação do gênero historicamente diz respeito a possibilitar o acesso sexual - a ser aproveitado sexualmente, na divisão do trabalho, etc. Quer dizer, é uma desigualdade que se justifica na diferença social. Importa que é nessas diferenças que se legitimam as relações de poder.

Gênero não é apenas uma identificação com um sexo, ele também supõe que o desejo sexual seja direcionado ao outro sexo. A divisão sexual do trabalho está implicada nos dois aspectos do gênero - ela os cria homem e mulher, e os cria heterossexuais. A supressão do componente homossexual da sexualidade humana e, como corolário, a opressão os homossexuais é, portanto, um produto do mesmo sistema cujas regras e relações oprimem as mulheres (RUBIN, 1993, p. 12).

Isso significa que a constituição da identidade, como propõe Guacira Lopes Louro, forma nosso gênero e nossas possibilidades diante dele. Mas, como ficará visível, forma nossa sexualidade e possibilidades diante dela orientadas social e historicamente. Marge Frantz, no capítulo introdutório de “Adeus, maridos”, de Deborah Abbot e Ellen Farmer traz

uma série de exemplos que poderiam contribuir para o que expliquei. Trata-se de um olhar sobre os Estados Unidos, mas nos permite perceber a variabilidade da repressão e da validação conforme tempo e espaço. Desde o início ela informa que no século XIX existiram relatos de relações íntimas e estáveis entre mulheres, mas que eram consideradas “normais”, “assexuadas”, “inocentes”, de modo que, para ela, não seria possível encaixar nas categorias heterossexual/homossexual de hoje, sendo inclusive que algumas delas eram casadas com homens, por exemplo (ABBOT, FARMER, 1998, p. 19).

Em seguida, ficou evidente como o período da Segunda Guerra Mundial permitiu certa liberdade para algumas mulheres lésbicas nos Estados Unidos, liberdade - ou tolerância - possibilitada pela necessidade de mulheres nos cargo associados à guerra (ABBOT, FARMER, 1998, p. 24), de modo que, ao fim da guerra, teria se iniciado uma perseguição a gays e lésbicas, ora justificada por sua sexualidade, ora misturando-a com outras formas de dissidência ao macartismo.

Foi no percurso do século XX que “lésbica” e “homossexual” tornaram-se, então, identidades (JEFFREYS, 2014; ABBOT, FARMER, 1998, p. 21). Mas a lésbica não necessariamente estaria desvinculada do casamento ou da existência heterossexual. O apagamento comprovado do teor homoerótico do relacionamento de Eleanor Roosevelt com Lorena Hickock ou a frequência com que é possível nos deparar com uma visão de obras como “A cor púrpura”, de Alice Walker, como obra sobre intimidade ou dor, mas não sobre homoerotismo, evidenciam isso.

Ainda, a respeito da constituição da identidade como formadora do nosso gênero, e de nossas possibilidades diante dele, orientadas social e historicamente, Stephanie Ribeiro - com base no que apreendeu do compartilhamento de experiências com mulheres negras - esclareceu:

Na nossa sociedade atual ainda reverberam os pensamentos vinculados ao passado de violência e objetificação contra mulher negra. Somos as mulheres geralmente lembradas quando alguém pensa em uma relação sexual. Em se tratando de estereótipo da ama-de-leite, somos para todas as pessoas no círculo de convivência, incluindo para amigos, companheiros e familiares, as que escutam, as que nutrem, e de forma até financeira e psicológica, somos sugadas literalmente pelos problemas alheios. E, sem tardar, nos tornamos inúteis assim que eles são resolvidos, mesmo que seja com nossa ajuda. (RIBEIRO, 2016, n.p.)

Nesse processo, percebe-se a existência do que determinadas áreas do conhecimento chamam de “mercado matrimonial”, em que são lançadas as opções e possibilidades de afetos e sexo entre as pessoas.

Claudete Alves da Silva Souza (2008, p. 70) em acurado trabalho a respeito das possibilidades das mulheres negras no Brasil, quanto aos encontros afetivos e sexuais, esclarece que essas são preteridas como candidatas ao casamento e são as que passam mais tempo solteiras. Isso faz-me lembrar dos dados quanto as famílias matrifocais brasileiras, apesar das situações apontadas por Nascimento, em que o "homem negro, geralmente des-preparado profissionalmente por força de contingências históricas e raciais tem na mulher negra economicamente ativa um meio de sobrevivência, já que à mulher se impõe, como sabemos, dupla jornada" (NASCIMENTO, 2006, p. 128).

Ainda, Nascimento expõe, refletindo sobre as mulheres negras que ascendem socialmente:

Convivendo em uma sociedade plurirracial, que privilegia padrões estéticos femininos como ideal de um maior grau de embranquecimento (desde a mulher mestiça até à branca), seu trânsito afetivo é extremamente limitado. Há poucas chances para ela numa sociedade em que a atração sexual está impregnada de modelos raciais, sendo ela representante da etnia mais submetida. Sua escolha por parte do homem passa pela crença de que seja mais erótica ou mais ardente sexualmente que as demais, crenças relacionadas às características do seu físico, muitas vezes exuberantes. Entretanto quando se trata de um relacionamento institucional, a discriminação étnica funciona como um impedimento, mais reforçado à medida que essa mulher alça uma posição de destaque sócio(...). (NASCIMENTO, 2006, p. 129).

O mercado matrimonial possui certas dinâmicas perversas. Entre elas, tem-se o fenômeno da palmitagem. Homens negros são historicamente valorados pela virilidade, e ignorados em suas complexidades emocionais e psicológicas, elementos característicos da "humanidade" - em oposição a uma animalização. São também fetichizados, mas, diferentemente das mulheres negras, não são sistematicamente cobrados a perpetuar uma vida de cuidado com os outros. Explico:

PALMITEIRO é uma palavra que quebra o mito da sociedade racialmente democrática e miscigenada. Onde "amor não tem cor", com apenas essas 10 letras se questiona machismo, privilégios, imposições afetivas e manutenção de um padrão estético eurocêntrico; e se coloca em evidência uma realidade estrutural e cruel que se quer velar: a solidão da mulher negra.

Palmitagem é um neologismo usado por mulheres negras brasileiras para se referir a homens negros cis hétero que estão envolvidos com mulheres brancas, principalmente por eles estarem numa posição de privilégio em relação à opressão de gênero. Não, eu não estou negando que homens negros sofrem racismo! Estou afirmando que não sofrem machismo, e isso lhes permite usufruir do privilégio de fazer determinadas: escolhas (RIBEIRO, 2016, n.p.).

Ocorre, então, que os relacionamentos inter-raciais no Brasil contribuem para perpetuar o mito da democracia racial. Contudo, na perversidade da desigualdade justificada pela raça, a ascensão social - frequentemente associada ao fenômeno da palmitagem -, não

fornece aos homens negros exercício pleno de autonomia. Segundo Sueli Carneiro (1995, p. 457-548), a ascensão de homens negros, mesmo que por "seus próprios talentos", ainda os mantém condicionados ao que homens brancos "permitem". Nesses termos, o sucesso individual de um homem negro não o permite transferir seu sucesso para a coletividade negra. Carneiro ataca a visão de que, para uma comunidade historicamente explorada por outra, o acesso às mulheres dos outros grupos seria considerado uma "revanche histórica". Noutro sentido, às mulheres negras que ascendem socialmente, segue-se o fenômeno da solidão.

Finalmente, utilizo do conceito de heterossexualidade compulsória, para mensurar os termos em que ocorrem o casamento, a sua função e natureza diante do ordenamento brasileiro. Trata-se de categoria desenvolvida em grande parte por Adrienne Rich. Importa falar de sexualidade, mesmo para tratar de casamento heterossexual, porque, como pode-se ver, o estímulo a certas formas de exercício de sexualidade e a repressão a outras também devem ter alguma função diante da sociedade, assim como a proibição do incesto, como já visto.

Em “Heterossexualidade compulsória e existência lésbica”, Rich (2012) ao invés de se focar na libertação sexual pelas formas de existência não-heterossexuais, ela percebe como mulheres são empurradas para a heterossexualidade e articula com o modo como a sociedade responde à existência lésbica. Ela lista uma série de exemplos que segundo ela demonstram a manifestação do poder¹² masculino - isso com apoio em obra de Kathleen Gough - e continua:

Algumas das formas de o poder masculino se manifestar são mais facilmente reconhecidas do que outras, ao reforçar a heterossexualidade sobre as mulheres. No entanto, cada uma das que eu listei vem adicionar-se ao feixe de forças pelo qual as mulheres têm sido convencidas de que o casamento e a orientação sexual voltada aos homens são vistos como inevitáveis componentes de suas vidas – mesmo se opressivos e não satisfatórios. O cinto de castidade, o casamento infantil, o apagamento da existência lésbica (exceto quando vista como exótica ou perversa) na arte, na literatura e no cinema e a idealização do amor romântico e do casamento heterossexual são algumas das formas óbvias de compulsão, as duas primeiras expressando força física, as duas outras expressando o controle da consciência feminina (RICH, 2010, p. 26).

Quer dizer, na atualidade é possível que os termos dos relacionamentos heterossexuais ainda se incluam nesses exemplos. O que importa é reconhecer que sexualidade e gênero são elementos históricos e sociais, e, por mais que me utilizei de teorias e saberes distintos,

¹² Usei a palavra “poder” aqui por ser a escolhida por Rich. Contudo, destaco que minha utilização dessa palavra terá um sentido distinto, como algo mais fluído, conforme logo explicarei. Porém, não discordo, de modo algum, do sentido atribuído pela autora, diante do que ela pretende explicar. Ocorre que, no presente estudo, a palavra será pertinente de outra forma.

retomo Rubin (1993, p. 20), porque acredito que seja um consenso entre esses, o de que não se pode ignorar que os moldes de parentescos - e o casamento - são orientados por funções políticas, econômicas, educacionais e organizacionais. Ela propõe que, ao analisar as relações de sexualidade, não sejam reduzidas à “carcaça”: sexo e gênero. Pois estes também têm razões para existir.

Aproveito, aliás, para retomar que Coacci (2014), em sua análise dos acórdãos relacionados a garantias de direitos da população LGBT, verificou a frequência com que os votos dos ministros ultrapassam a extensão de quando o objeto é outro tema. Segundo ele, isso mostra a importância política que se atribui ao tema dos direitos sexuais de pessoas LGBT. São questões que mobilizam. Nesse sentido, tem-se como exemplo a intensidade das reações a representação LGBT na mídia e nas instâncias políticas, por exemplo. Rubin (2003, p. 1), mesmo pedindo atenção ao que o “sexo e gênero” disfarçam, percebe que em situações que “vivemos com a possibilidade de destruição sem precedentes”, vemos as pessoas “mais propensas a se tornarem perigosamente malucas sobre a sexualidade. Conflitos contemporâneos sobre valores sexuais e condutas eróticas têm muito em comum com disputas religiosas de séculos anteriores. Eles passam a ter um imenso peso simbólico”. Em suma, gênero e sexo importam, porque são utilizados como justificadores de violências e violações de direito, assim, escolho não negar isso neste trabalho.

Ainda, estando Rubin certa a respeito da necessidade de ter atenção sobre as políticas e violências relacionadas à sexualidade em situações de estresse social, o período atual de ruptura institucional e de desmantelamento de direitos no Brasil tornam emergentes este cuidado.

Em relação a isso, considero que a sexualidade vem sendo observada por alguns teóricos (MACKINNON, 2016, p. 533; FOUCAULT, 1988) como conectada a poder. Segundo Mackinnon (2016), por exemplo, a sexualidade feminina é manifestada em acordo com o direito de acesso sexual dos homens sobre as mulheres. Foucault, noutra linha, visualiza que se deve

não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras; mas ter bem presente que o poder – desde que não seja considerado de muito longe – não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica

aos indivíduos, passa por eles. Não se trata de conceber o indivíduo como uma espécie de núcleo elementar, átomo primitivo, matéria múltipla e inerte que o poder golpearia e sobre o qual se aplicaria, submetendo os indivíduos ou estraçalhando-os. Efetivamente, aquilo que faz com que um corpo, gestos, discursos e desejos sejam identificados e constituídos enquanto indivíduos é um dos primeiros efeitos de poder. Ou seja, o indivíduo não é o outro do poder: é um de seus primeiros efeitos. O indivíduo é um efeito do poder e simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser um efeito, é seu centro de transmissão. O poder passa através do indivíduo que ele constituiu (FOUCAULT, 1979, p. 103).

É dessa forma que utilizo. Tendo em conta que a organização social concede direitos e garantias a alguns mais do que a outros, mas compreendendo o poder em um formato não (apenas) institucional, mas que mesmo nos diálogos mais privados as pessoas expressam-se interagindo com o poder, perpetuando-o e o confrontando ao mesmo tempo.

Mas, tomo como útil a reflexão sobre acesso sexual e poder de Mackinnon, devido a suas conclusões quanto às possibilidades de consentimento. Detalharei no Capítulo III.

Retomo, antes de iniciar a análise dos manuais propriamente dita, que gênero e sexo são categorias em disputa. Acredito que em uma série de contextos é essencial que sejam diferenciadas a fim de evitar essencialismos, por exemplo. No entanto, opto por associá-las ambas à construção de identidade que expliquei neste tópico, e seguir com a visão binária ainda predominante na doutrina mais utilizada.

CAPÍTULO II - A natureza jurídica do casamento - Análise dos manuais e o confronto com a realidade

Para proceder com a compreensão do estado da arte quanto ao modo como o fenômeno jurídico observa o casamento e se este é ou não bem sucedido em garantir direitos das pessoas envolvidas, optei por analisar alguns dos mais utilizados manuais de Direito das Famílias nas graduações de Direito e mesmo por juristas em geral. Aqui utilizo-me das críticas às retóricas que sustentam a definição do casamento frente ao sistema normativo. São retóricas que só podem ser entendidas se for observado a que servem e quais as suas consequências.

Acontece que identifico que a formação acadêmica dos alunos da área tem impacto na produção de conhecimento e na formação epistemológica que perpassa as relações de poder. Assim, escolhi os seguintes manuais: “Curso de direito civil, família, sucessões”, volume 5, de Fábio Ulhoa Coelho, edição de 2012; “Direito civil - Direito de Família”, volume 5, de Flávio Tartuce, edição de 2017; “Direito das Famílias”, de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, de 2011; e “Manual de Direito das Famílias”, de Maria Berenice Dias, de 2016. Quando entender que o ano de publicação pode ter afetado na visão exposta pelo autor,

destacarei. Porém, sendo todos os livros publicados após a promulgação da Lei Maria da Penha, parto da concepção de que o processo de constitucionalização e democratização das relações sociais é elemento norteador de todos os autores analisados.

Verifiquei na leitura dos manuais que os três componentes do fenômeno legal - componente formal-normativo, estrutural e político-cultural - são abordados pela doutrina, conforme demonstrarei. Imagino que em uma análise de acórdãos¹³ ou de processo legislativo, por exemplo, também seja possível identificar tais elementos do sistema normativo como esse complexo. Contudo, escolho a análise de manuais utilizados ao longo da minha graduação na intenção de promover uma espécie de denúncia investigativa quanto ao Direito aprendido na formação dos juristas, por acreditar que a produção epistemológica em muito se relaciona com as dinâmicas de exercícios de poder da sociedade, sendo que enquanto futuros juristas provavelmente atuaremos na distribuição de direitos e garantias de outros.

O Código Civil evidencia que a celebração do casamento, enquanto “rito de passagem para o estado de casado” (DIAS, 2016, p. 253) é um dos atos jurídicos mais solenes do direito brasileiro, com uma série de formalidades para a ocasião da celebração e das preliminares - nos moldes da chamada habilitação. Entendo que seu reconhecimento, enquanto acontecimento jurídico, também perpassa a tradicional análise do fato jurídico.

Detalhando de forma esquemática, no âmbito do Direito existem algumas categorias que tornam didático o processo de determinar a importância de um fato para a prática jurídica¹⁴, que serão úteis para compreender a análise de materiais que irei apresentar à frente. São fatos jurídicos aqueles ocorridos com ou sem a interferência humana que produzem consequências no mundo jurídico. Por exemplo, a morte natural de alguém é um fato jurídico, posto que dela decorrerá questões relacionada a herança. Contudo, sendo um fato direcionado por manifesta vontade de algum ser humano, este é considerado um ato jurídico. Destaco que, apesar do ato ser impulsionado pela vontade do ser humano, não importa para a definição do conceito se o sujeito possui consciência a respeito das consequências ou efeitos. Em meio a esses, encontram-se os negócios jurídicos em que se tem a primazia da vontade e da autonomia privada, enquanto atos jurídicos¹⁵.

¹³ Acórdãos são as decisões colegiadas de um tribunal.

¹⁴ Trata-se de modelo aproveitado por muitos doutrinadores, com grande apoio em Miguel Reale (1994).

¹⁵ Na verdade, entre os atos jurídicos, existem aqueles *stricto sensu* - quando as consequências e efeitos são decorrentes da lei e a vontade humana não necessariamente se orientou para elas -; e os negócios jurídicos. São negócios jurídicos, por exemplo, um contrato ou um testamento, porque são ações orientadas para produzir determinados efeitos jurídicos.

Embora realizada de modos diversos por diferentes juristas, opto no presente trabalho pela análise tripartite, com suporte em Pontes de Miranda (2012) a respeito do negócio jurídico, que é a mesma utilizada explicitamente por dois dos doutrinadores que analisarei: Nelson Farias e Cristiano Rosenthal (2011).

A existência de uma união ou agrupamento humano, assim como outras condutas humanas, se faz na articulação com determinadas manifestações de poder e relações estruturais, como ainda será explicado. Contudo, são nos planos da validade e da eficácia¹⁶ que o regime jurídico molda as garantias de reconhecimento no caso de um negócio jurídico. Nesse sentido, um acontecimento, quando validado, torna-se alvo de uma "rede de proteção da vontade" (FARIAS, ROSENVALD, 2011a, p. 658) e recebe proteção no mundo jurídico por cumprir determinados requisitos. Quanto à eficácia, diz respeito à produção de efeitos, conforme mostrarei. De outra sorte, é quando questionada a validade que se identificam as hipóteses de nulidade ou anulabilidade de um casamento.

Ao tratar da validade do negócio jurídico¹⁷, Antônio Junqueira de Azevedo explica:

O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões que se põem, quando se trata de validade do negócio, e que, sendo peculiares dele, fazem com que ele mereça um tratamento especial, diante dos outros fatos jurídicos. Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias(...) (AZEVEDO, 2008, p. 41)

Assim, pode-se confirmar que se trata de um regime jurídico com o poder de definir o que é legítimo ou não, e de atribuir ou não deveres ou garantias. Aproxima-se fatalmente de um regime jurídico de poder e de verdade em termos foucaultianos (FOUCAULT, 1979) que podemos exemplificar com a invalidade de certos negócios jurídicos realizados por incapazes, ou mesmo a invalidade do casamento entre irmãos.

Ou seja, se os termos do que é verdade e do que é certo perpassam necessariamente as dinâmicas do poder de cada sociedade, os discursos produzidos pelo Direito e articulados em relação a este são também responsáveis por dizer “o que funciona como verdadeiro” (FOUCAULT, 1979, p. 10).

¹⁶ São nesses que se excluem os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os fatos ilícitos (FARIAS, ROSENVALD, 2011a, p. 628), e depois aqueles que não produzirem efeitos jurídicos.

¹⁷ Embora para o presente trabalho ainda seja cedo tratar o matrimônio como um negócio jurídico, a teoria tripartite é bem aplicável para este, cabendo utilizar este fato como hipótese guia para a compreensão da relação entre o Direito e qual seja o matrimônio reconhecido. Ressalto que a teoria tricotômica foi desenvolvida, nos termos ponteanos, para a compreensão de relações jurídicas patrimoniais (FARIAS, ROSENVALD, 2011a, p. 629), mas foi adaptada para a análise do casamento.

Ocorre que, no que diz respeito ao matrimônio, mesmo para os doutrinadores (FARIAS, ROSENVALD, 2011b, p. 195) que o visualizam como ato negocial ou contratual, não é possível a aplicação completa da teoria aqui explicada. Acontece que, de toda forma, nesse ato, caso seja reconhecida a existência e a validade, necessariamente o casamento produzirá efeitos, por não ser possível controlar ou limitar sua eficácia, como por encargo, termo ou condição¹⁸.

Compreender essa tripartição¹⁹ não pode fazer parecer, entretanto, que as normas positivadas conferem mais validade, em termos jurídicos, a um fato do que a sua articulação com princípios (FARIAS, ROSENVALD, 2011a., p. 628). Aliás, como no plano da eficácia as relações jurídicas se constroem pela produção de efeitos, esses são, e devem ser moldados pelas possibilidades de garantia, modificação e mesmo extinção de direitos²⁰, diante do Estado Democrático de Direito.

Além disso, conforme teoria mais contemporânea, o sistema normativo se faz em três componentes: a. componente formal-normativo; b. estrutural e c. político-cultural (FACIO, 1998, p. 192-193). São esses - a) a lei promulgada, ou minimamente gerada; b) o conteúdo (escrito ou não) produzido ou perpetuado nos tribunais, pela polícia e por todos que administram a justiça; c) o conteúdo levado pelas pessoas em geral, pela doutrina jurídica, costumes, atitudes, tradições, o conhecimento e o uso das leis que as pessoas têm, e especialmente, segundo Alda Facio (1998, p. 193), as leis não escritas ou mesmo derogadas ou sequer promulgadas, que seguem reconhecidas pela sociedade - que constroem o chamado fenômeno legal, nos termos da autora.

Parece correto entender que esses três componentes do fenômeno jurídico se cruzam nas situações de reconhecimento do casamento no mundo jurídico, validando-os ou invalidando-os - pelos critérios da teoria tripartite - ou até os considerando ilícitos. Uma vez que existe um relacionamento, em um caso concreto, ele pode ou não ser legitimado pela normativa, e, portanto, receber mais ou menos proteção do Estado, nos termos da Constituição Federal.

¹⁸ Esses meios de controle da eficácia de um negócio jurídico implicam: a) condição, quando os efeitos ficam subordinados a evento futuro e incerto; b) termo, que suspende o exercício do direito derivado do negócio até a ocorrência de evento futuro e certo; e c) quando se impõe o cumprimento de uma obrigação para que os efeitos se produzam.

¹⁹ Importante salientar que o Código Civil se vale de uma análise bipartite, embora grande parte da doutrina brasileira faça a tripartite.

²⁰ Por exemplo, historicamente, a possibilidade de se anular um casamento por erro essencial, em caso de "defloramento da mulher" quando ignorado pelo marido, na sistemática civil do Código anterior, demonstra como um critério de reconhecimento do instituto pôde afetar as garantias de algumas mulheres.

De toda sorte, o Direito é produzido pela sociedade, especialmente através das coletividades organizadas (FONSECA, 2012). Remete-se, como já mostrei no primeiro capítulo, às articulações que conduzem historicamente a realização da libertação.

A lei escrita - ainda que tenda a ser reflexo das demandas dos grupos hegemônicos (LYRA FILHO, 2006), como exemplifiquei, não coincide com o fenômeno do Direito em si - portanto, forneceria a opção de uma série de discussões, algumas possivelmente inférteis, quanto à natureza jurídica do casamento. Seria desnecessário tratar disso, se não fossem as possibilidades do mundo concreto e as possibilidades jurídicas em relação às famílias e aos relacionamentos brasileiros, como já comecei a demonstrar. Sendo assim, pode-se observar, ainda que de modo breve, como o tema tem sido um campo de disputa política e teórica no Brasil.

Os autores analisados, em geral, passam, explicitamente, pela discussão que pretendo realizar. Apesar disso, alguns verificam a desnecessidade de travar embates teóricos sobre isso (FARIAS, ROSENVALD, 2011b; DIAS, 2016). Porém, a despeito de aparente preciosismo em se discutir qual a natureza jurídica de algum instituto, vejo que as premissas envolvidas em uma noção sobre determinado fato jurídico interagem com as práticas perpetuadas nas sociedades. Permite compreender o que é necessário para que sejam assegurados direitos, deveres e garantias relacionados ao instituto (GREGORIO, 2015).

Sobre o instituto do casamento, as discordâncias se fazem sobre se este teria natureza contratual ou institucional. No primeiro caso, oferece importância à manifestação de vontade, no ato da celebração do casamento - naquele momento em que as partes proferem incontestemente concordância com a realização do matrimônio -, além de valorizar o aspecto privado do casamento em geral. Luiza Souto Nogueira (2015), compreendendo a impossibilidade do sistema normativo de regular todos os níveis da vida cotidiana, atribui a este espaço a autonomia privada requisitada para o casamento ser um contrato.

Para a teoria institucionalista, deve ser considerada a constante interferência do Estado, sendo certo que existe uma série de requisitos a serem cumpridos para a realização do casamento, além de que os efeitos do matrimônio são definidos pelo Estado, “enxergando no matrimônio uma situação jurídica que refletiria parâmetros preestabelecidos pelo legislador e constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado” (FARIAS, ROSENVALD, 2011b, p. 143). Com isso, o casamento teria como elemento central não necessariamente a preservação da vontade dos nubentes, mas o fato de ser um instituto que os transcende, gerando efeitos a terceiros.

Observo, então, os posicionamentos dos doutrinadores. Os autores Rosenvald e Farias (2011b, p. 143-144) são categóricos. Segundo eles, considerando o advento da Lei do Divórcio, o casamento teria natureza contratual. Eles reconhecem, aliás, que se trata de uma resposta que é construída social e historicamente. Maria Berenice Dias, em conclusão semelhante, porém por um caminho distinto, conclui que este seria um negócio jurídico de Direito de Família. Na verdade, ela se aproxima de concordar com aqueles que dizem que se trataria de um contrato de adesão, “pois efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para a vontade dos noivos, que se limitam a dizer ‘sim’ diante da autoridade civil, o que tem o alcance de concordância com os deveres do casamento” (DIAS, 2016, p. 234). Sua explicação se faz, porém:

Ainda que o casamento não faça surgir apenas direitos e obrigações de caráter patrimonial ou econômico, não se pode negar que decorre de um acordo de vontades. É uma convenção individual, devido ao seu caráter de consenso espontâneo e aos pressupostos exigidos para que as pessoas o possam contrair. Por isso é descabido tentar identificar o casamento com institutos que tenham por finalidade exclusivamente questões de ordem obrigacional. (...) O casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos. É regido pelo direito das famílias. Assim, talvez, a ideia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. Mas ninguém duvida que é o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir uma família: lugar idealizado onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, sentir-se a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. (DIAS, 2016, p. 246)

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p.150) também visualiza o instituto como um contrato de direito de família, mas detalha: "ele não é resolúvel, nem resilível como os contratos em geral, mas de acordo com as regras próprias do direito de família. Nem mesmo a todos os preceitos disciplinadores do negócio jurídico em geral sujeita-se o casamento." A título de exemplo, lembra que é impossível que um dos nubentes estabeleça condições para que a "contratação" passe a ter validade, "nenhum deles poderia concordar em casar desde que o outro cumprisse uma obrigação qualquer, ou coisa do gênero" (COELHO, 2012, 151).

Finalmente, cito Flávio Tartuce, que opta por denominar o casamento como “negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial. Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição” (2017, p. 52), ele se afasta tanto de institucionalistas, tais como Maria Helena Diniz, mas também considera exagerado se filiar aos doutrinadores que concordam que seria um contrato. Traz:

(...) o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com conteúdo patrimonial. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera (TARTUCE, 2017, p. 50).

Fica clara a visão explícita de cada um dos doutrinadores analisados. Contudo, é necessário se aprofundar no conteúdo que apresentam, para extrair seus sentidos.

O Código Civil traz, nos artigos 1.513 e 1.514, que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” e que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Fica explícito o peso dado ao elemento volitivo, inclusive sendo o momento da celebração do mesmo, regra geral, aquele em que as partes manifestam a vontade e o consentimento, em termos jurídicos, selando com variações da sentença descrita em lei: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

Contudo, embora a vontade seja elemento central para a celebração do casamento, existem os critérios que podem barrar a legitimação dessas vontades, tais como as etapas para a habilitação, as causas impeditivas ou mesmo as causas suspensivas. Por outro lado, tem-se, por exemplo, a figura do casamento putativo²¹, que denota o quanto é fundamental, para o Direito Civil, a proteção da boa-fé objetiva, além de existir considerável defesa doutrinária (TARTUCE, 2006, GAGLIANO, FILHO, 2011) no que argumenta até mesmo pelo dever de indenizar nos esponsais, sob desrespeito a uma boa-fé objetiva no decorrer do relacionamento, por exemplo diante da quebra de promessa por noivado, com fundamento no próprio Código Civil - como aplicando os artigos 113, 187 e 422, de forte relação contratual.

Entretanto, como Dias (2016) explica, a dinâmica da sociedade muitas vezes impossibilita que se forme um juízo de convicção sem se valer de psicanálise, psicologia, sociologia, assistência social, por exemplo. Coelho coloca que

o tecnólogo e o profissional do direito, como o estudioso de qualquer outra área do conhecimento humano, têm por objeto de estudo o que existe e não o que deveria existir. (...) não estudamos as normas postas, mas os conflitos de interesses manifestados nas relações sociais e as formas de sua superação. Leis e normas não são o modelo de como o mundo deveria ser, mas parâmetros que norteiam a superação institucional dos conflitos de interesses (COELHO, 2012, p. 61)

Inclusive, ele se propõe a analisar o casamento no âmbito do que ele é, e não do dever ser, e, a partir daí, detectar os conflitos reais (COELHO, 2012). Tartuce, com premissa semelhante, anuncia: “cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de adequar a norma ao fato social, o que vem ocorrendo” (TARTUCE, 2017, p. 50).

²¹ É putativo o casamento que, embora nulo ou anulável por conter vício, gera efeitos para qualquer dos cônjuges que estivesse de boa-fé, sem saber do impedimento, e para os eventuais filhos da união.

Como se vê, eles pretendem conduzir uma doutrina socialmente referenciada. Nesse sentido, retomo as ferramentas da área do direito que mostrei no primeiro capítulo. Ainda que, em hipótese, se concorde que o fenômeno jurídico busca - ou deva buscar - acompanhar a realidade social, não basta que um fato exista para que enseje proteção aos envolvidos por parte da prática jurídica ou sequer que seja percebido por essa. Coelho (2012, p. 33-34) reconhece que não existiu um modelo único de família brasileira propriamente dito, mas define três tipos teóricos para a sua análise: família tradicional - em que a união é definida pelos pais dos nubentes -, romântica - com a proposta de casamento feita pelo noivo e direcionada ao pai daquela- e a contemporânea - com a decisão sendo apenas pelos nubentes.

São, obviamente, tipos ideais que facilitam a explicação do autor. Coelho, na verdade, visualiza esses modelos teóricos como pertinentes à trajetória evolutiva das uniões.

Correspondem esses modelos não somente ao tipo predominante em cada época, mas principalmente à ideologia nela cultivada acerca de como se estrutura a família “normal”. São modelos, por outro lado, aptos a auxiliarem na compreensão da família na civilização ocidental de raízes europeias, não servindo necessariamente ao estudo de outras culturas (COELHO, 2012, p.33).

Mas, como demonstrarei, o desequilíbrio de poderes entre os nubentes e as raízes europeias se perpetuam mesmo no modelo de família contemporânea.

Rosenvald e Farias (2011b, p. 135), concordando com a existência de determinações sociais e históricas sobre o tema, explica que o casamento ainda está interligado a manifestações religiosas, apesar da laicidade do Estado, por exemplo, mas vem “sendo encarado como instituto meramente jurídico, de natureza civil”. Dias, em linha semelhante se aprofunda na análise das legislações anteriores à constitucionalização das relações familiares, e aponta questões como:

Somente o casamento constituía a família legítima. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de concubinato, foram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica. Não geravam qualquer direito. (DIAS, 2016, p. 152).

Os autores, de modo coerente, optam por destacar que a legislação, acompanha o que seria a ideologia do período em foco. Assim, essa apresentaria o modelo legitimado e pretendia que as pessoas cumprissem com esse e puniria aqueles que a descumprissem. Eles reconhecem a articulação entre o que seria o poder, segundo Foucault, e a prática jurídica.

Neste processo, Dias, como já citei, observa o empenho legislativo em manter os vínculos conjugais (DIAS, 2016, p. 123). Seria isso associado à noção de família - e de casamento - como sagrado e indissolúvel. Trata-se de contexto que claramente demonstra a intervenção estatal no que seria o espaço privado: a família. Assim, segundo a autora,

O Estado elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega juridicidade a quem ousa afrontar o que está normatizado. Essa postura nega não só direitos. Nega a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a exclusão do sistema jurídico (DIAS, 2016 p. 70).

Dessa forma, compreende-se que essa doutrina analisada trata, em apertada síntese, que o fenômeno legal interagiria com a ideologia vigente estabelecendo modelos de vida legítimos e modelos ilegítimos, empurrando todos a cumprirem o padrão legítimo, respondendo com punições e invisibilidade àqueles que não o cumprissem - isto é, o padrão de famílias nucleares. Inclusive, nesses termos, levando em conta o Código Civil de 1916 e rememorando que para a mulher casada caberia requerer a autorização do marido para exercer profissão ou litigar em juízo, compreende-se que, provavelmente, além do padrão legitimado pela ideologia corrente ser a família nuclear, seria também um espaço de assimetria de direitos entre homens e mulheres.

Contudo, o que esses e essas autoras da doutrina não percebem é que, ao menos desde o século XIX, famílias de negros eram dissolvidas e sequer nos registros autenticados se identifica menção às uniões conjugais dos mesmos (ANDRADE, 1998), demonstrando talvez um descaso das supostas manifestações ideológicas da época - de sacralidade das uniões entre homem e mulher. Na verdade, em estudo do período de 1960 a 1980²² foi verificado que, no Brasil, a maioria das mulheres solteiras, viúvas ou separadas - superior a 50% - eram mulheres negras (PACHECO, 2008, p. 82-83), cabendo questionar os moldes da manifestação da heterossexualidade compulsória sobre essas, além da alegada imposição da sacralidade dos casamentos. Acho pertinente levar em conta que, ainda no período do sistema escravista, não era raro as relações extraconjugais de senhores de escravos mantendo relações sexuais²³ com mulheres negras escravizadas (PACHECO, 2008).

O que se observa, então, é que qualquer que seja a ideologia vigente, ela não empurrou todos os grupos para a família nuclear e tampouco o Estado puniu todas as pessoas que não cumpriam o modelo exposto na legislação, como no caso dos senhores de escravos citados.

²² Lembrando que a Lei do Divórcio foi promulgada apenas em 1977.

²³ Voltarei à questão da pertinência em considerar essas situações de relacionamentos ou exploração em seguida.

De todo modo, é verdade que certas situações são invisibilizadas pelo Estado e, portanto, ficam carentes de proteção institucional. Por exemplo, as uniões homoafetivas que existiram antes do julgamento da ADIN n.º 4.277, da ADPF n.º 132 e da Resolução do CNJ n.º 175 - os primeiros em 2011 e a última em 2013 -, se encontravam em considerável insegurança jurídica, tanto é que Coacci identificou uma série de casos judicializados quanto a aspectos patrimoniais que para outras uniões não demandariam sequer a movimentação da máquina judicial. Ainda que fosse verificada a vontade das partes de definir sua situação sucessória, precisavam recorrer ao judiciário para isso, sendo que a sistemática normativa não estabelecia regras definidas.

Para que duas pessoas se casem, esses devem cumprir os requisitos fundamentais da capacidade e do desimpedimento. No primeiro caso, tem-se que a idade núbil é de 16 anos²⁴, ou seja, a partir dessa idade adquire-se capacidade para tal. Dessa idade até os 18 anos, demanda-se que, além da vontade dos nubentes, seus pais também autorizem. Nestes casos, fica evidente que o modelo de família tradicional definido por Coelho (2012, p. 43) resvala nas normas contemporâneas, sendo a família tradicional, nos termos do doutrinador, aquela que é definida pelos pais dos nubentes.

Quanto aos impedimentos, ocorrem, segundo Coelho (2012, p. 81), em situações que conflitam com “valores que o ser humano cultiva desde tempos imemoriais”. É considerado algo tão importante para a sociedade que qualquer pessoa capaz civilmente pode suscitá-los até o momento da celebração - aquele em que as partes manifestam inequivocamente sua vontade perante autoridade competente. Inclusive, essa autoridade é obrigada a declarar a causa impeditiva caso tenha conhecimento da mesma. O casamento realizado por menores de 16 anos pode ser anulado.

Colaciono a redação do artigo 1.520, do Código Civil: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”. Sobre isso, detalha Tartuce:

Em casos tais, se a menor quisesse se casar, a sua vontade poderia ser considerada relevante para tal finalidade, conforme o Enunciado n. 138 do CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil (“A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”).

²⁴ A pacificação quanto à incapacidade para o casamento é recente. Até a Lei n.º 13.146, de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, os chamados enfermos e deficientes mentais sem o necessário discernimento, e aqueles que, por causa transitória ou definitiva não pudessem exprimir sua vontade eram considerados incapazes. Com a modificação, os que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade, são relativamente incapazes para os atos civis em geral.

Com base nesse enunciado doutrinário, o magistrado poderia autorizar o casamento se a menor declarasse querer viver com o pai da criança e desde que demonstrasse discernimento bastante para tanto, o que seria provado por perícia psicológica.(...) Como a família deve ser analisada de acordo com o contexto social, o casamento com o autor do crime poderia ser tido como uma forma de abrandar o problema de uma gravidez indesejada. Ou melhor, seria adequado enviar o criminoso, pai dessa criança que ainda vai nascer, para a cadeia? (TARTUCE, 2017, p. 55)

Este mesmo autor, no entanto, vale-se da argumentação de Maria Berenice Dias, para admitir a impertinência dessa visão. Trataria-se de caracterizar a mulher como excludente de criminalidade, isto é, do estupro (DIAS, 2007, p. 98, apud TARTUCE, 2017, p. 56). Nessa linha, foram revogados os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que admitiam o casamento da vítima como causa de extinção da punibilidade.

Este processo, exemplificado na mudança de perspectiva de Tartuce, revela situação em que outro conceito se coloca acima da suposta manifestação de vontade: a vulnerabilidade. Neste caso, nem se trata de uma vulnerabilidade que possa ser auferida por meio de perícia, por exemplo, mas de vulnerabilidade presumida. Independente da manifestação da criança ou adolescente, a assimetria de poderes é reconhecida pelo legislador e impede a homologação da suposta vontade.

Quanto às causas de impedimentos, consideradas de interesse geral, essas estão descritas, em rol taxativo, no artigo 1.521²⁵, do Código Civil. Não importa, para meu objetivo, detalhar todas, mas importa entender algumas motivações e consequências da anulação dessas. Com exceção dos incisos VI e VII, todas as hipóteses dizem respeito a sistemas de parentesco.

A importância atribuída a impedir o relacionamento entre “parentes” é tão grande que, em primeiro lugar, enseja, em imprescritibilidade para ação declaratória de nulidade absoluta, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público. Diante da procedência da demanda, são gerados efeitos *ex tunc*, quero dizer, retroativos. Porém, ainda que seja considerado ilícito, se for identificada a chamada boa-fé objetiva, ou seja, estando um dos cônjuges ou ambos na ignorância da existência da causa impeditiva - procede-se com os efeitos do matrimônio para a parte de boa-fé. É o chamado casamento putativo. Procede-se também para os filhos. Vê-se que, além da “vontade”, o sistema normativo considera a possibilidade de assimetria de informações dos envolvidos.

²⁵ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Deve-se lembrar que se na seara da antropologia o parentesco não é uma listagem biológica (RUBIN, 1993, p.7), tampouco o é no Direito. Além da necessária igualdade jurídica entre filhos adotados ou não, a filiação afetiva ou socioafetiva²⁶ também vem sendo considerada no Direito das Família (DIAS, 2016, p. 625). Ora, fica evidente que as proibições quanto ao casamento, já longe de justificadas pelos riscos associados à biologia, só podem ser justificadas pelo modelo de organização social que temos. Por essa norma, por exemplo, ficam impedidos sogra/o e nora/genro de casarem-se, sendo que cunhadas/os têm esse direito.

Em relação aos outros dois impedimentos, a proibição de pessoas casadas contraírem matrimônio e de cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, Maria Berenice Dias acredita serem ambos direcionados pela regra da monogamia, constante no sistema normativo brasileiro. Trata-se de denúncia da autora aos termos legitimados de organização social.

Uma ressalva merece ser feita quanto à monogamia. Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adulterinas ou incestuosas. (...) A monogamia não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas (DIAS, 2016, p. 43)

Farias e Rosenvald (2011b, p. 146) concordam que a monogamia não se trata de elemento abordado em sede constitucional. Coelho (2012, p. 88), mesmo atribuindo o tratamento excludente da norma sobre relacionamentos não monogâmicos a valores de raízes europeias, categoriza as famílias não monogâmicas como famílias não constitucionais. Mas sua análise, ao contrário de verificar que a Constituição não menciona a monogamia como princípio, observa que a Magna Carta não menciona a família não monogâmica como legítima. Tartuce trata a monogamia como um princípio (TARTUCE, 2017, p. 62). Como já visto, as proibições acerca da formação de certas uniões têm razões de existir. Aliás, as proibições sequer penalizam a todos os que a descumprem, mas apenas alguns.

Ainda, Thalita Najara da Silva Santos, observando uma dinâmica realizada no curso de extensão Promotoras Legais Populares/DF, cita que uma das participantes negras analisou criticamente o poliamor, enquanto "coisa de branco" sendo que ser assumida como esposa,

²⁶ O caso de filiação socioafetiva ocorre pela posse de estado de filho, por se reconhecer “uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai” (LÔBO, 2004, p. 49).

enquanto mulher negra, seria difícil, "imagine por várias pessoas". A cursista explicou que, a despeito da existência do poliamor em África, aqui no Brasil o aspecto racista e patriarcal constitui a monogamia, "uma vez que autoriza uma regra moral de monogamia que pertence ao berço civilizatório ocidental e branco, em detrimento do berço civilizatório africano e poligâmico componente essencial na composição do povo amefricano" (SANTOS, 2018, p. 10)²⁷.

Para além dos impedimentos, o Código Civil dispõe sobre as causas suspensivas²⁸, sendo elas justificadas na precaução do legislador quanto a eventual confusão patrimonial. Nessas hipóteses, o Legislativo impõe que o regime de separação de bens²⁹ seja necessariamente total, adentrando, novamente, na seara da suposta vida privada de domínio da vontade. Trago a ressalva de Coelho, quanto à situação da viúva ou da mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal:

destina-se a evitar a chamada confusão de sangue. Casando-se a viúva ou a mulher cujo casamento foi invalidado logo em seguida ao falecimento do cônjuge ou dissolução da sociedade conjugal, e vindo a dar à luz criança nos nove meses seguintes, poderiam restar dúvidas sobre a paternidade do rebento. Trata-se de mais uma velharia da lei (COELHO, 2012, p. 95).

Não é incomum que estudiosos, tal qual Dias (2016), sustentem que a trajetória fundacional e evolutiva do matrimônio perpassa dois elementos, quais sejam o patriarcado e o patrimônio (RIOS, 2007). Somando ambos, como ocorre na realidade social, percebe-se que o casamento veio a perpetuar a história em que mulheres não veem assegurados seus direitos de dispor de seus bens ou seu acesso a empregos melhor remunerados, conforme a divisão sexual do trabalho.

Retomo, aliás, as informações já tratadas no presente trabalho, no capítulo anterior: que a demanda para a regularização das uniões e casamentos entre pessoas do mesmo sexo se

²⁷ Amefricanidade, categoria cunhada por Lélia Gonzalez, confronta as epistemologias colonialistas e imperialistas, realmente reconhecendo a especificidade entre a experiência diaspórica na América Latina (GONZALES, 1988).

²⁸ Pelo artigo 1.523, do Código Civil, as causas suspensivas são: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

²⁹ O regime de separação de bens de cada casamento determina a questão da propriedade sobre os bens adquiridos pelos cônjuges antes e após a celebração do matrimônio.

vincularam intensamente a questões de direito sucessório e que, de outra sorte, apesar da suposta mentalidade religiosa e paternal do Brasil escravista, não era raro que os senhores se envolvessem sexualmente com outras mulheres. E, do que se vê, isso não era punido, mas fazia parte da dinâmica de produção de uma "economia de gênero, de afeto, de parentesco e filiação para além da matriz unifamiliar heterossexual", que se sustentavam pelas relações de poder e pela desvalorização da noção de consentimento como limite para o acesso sexual.

Além disso, sabe-se que a divisão sexual do trabalho permite que as pessoas exerçam determinadas funções ante a sociedades capitalistas. O casamento é funcional na sociedade brasileira.

Enfim, na atualidade, quando ausentes as hipóteses impeditivas e suspensivas, procede-se com o casamento. Como coloquei, é um dos atos jurídicos mais solenes. E o descumprimento dessa solenidade pode culminar em um casamento inexistente, nulo ou anulável, de modo que lembra os aspectos dos negócios jurídicos. Retomando, os negócios jurídicos são, para fins didáticos, definidos a partir de três planos: existência, validade e eficácia.

Utilizando a explicação de Carlos Roberto Gonçalves, da existência, leva-se em conta os elementos que integram a essência de algo (GONÇALVES, 2016, p. 356). Ele cita o exemplo do casamento - ele já assumindo este como negócio jurídico - celebrado por autoridade incompetente. A ausência da autoridade competente tornaria faltante o suporte fático - partes, vontade, objeto e forma - para que se consagre a existência deste suposto negócio jurídico. O ato inexistente é aquele que acaba sendo "nada" para a prática jurídica.

O ato torna-se perfeito quando acessa o plano da validade. Para tal, "o preenchimento de certos requisitos fáticos, como a capacidade do agente, a licitude do objeto e a forma prescrita em lei, é indispensável" (GONÇALVES, 2016, p. 356). Quanto à eficácia, diz respeito à produção de efeitos. Trata-se esse processo da escada ponteana³⁰. Destaco que, para Tartuce, com suporte em Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 1994 apud TARTUCE, 2017, p. 80), a teoria da inexistência do negócio jurídico não seria pertinente,

(...) muitas vezes, o ato inexistente cria algo cujos efeitos devem ser afastados por uma ação judicial. Inútil, porque a noção de nulidade absoluta pode substituir a ideia de inexistência muito bem. Inconveniente, uma vez que, sendo considerada desnecessária uma ação judicial para afastar os efeitos do negócio inexistente, o direito à prestação jurisdicional está sendo afastado, principalmente no que concerne às pessoas de boa-fé (RODRIGUES, 1994 apud TARTUCE, 2017, p. 80)

³⁰ A escada ponteana diz respeito aos elementos que, segundo Pontes de Miranda, formam um negócio jurídico: existência, validade e eficácia.

Ainda, que “o exemplo prático que gerou a criação da teoria – o casamento entre pessoas do mesmo sexo – perdeu relevo em nosso País, conforme a sua aceitação jurídica na prática (...). Tal constatação, a meu ver, enfraquece ainda mais a teoria da inexistência do negócio jurídico.” (TARTUCE, 2017, p. 81). Dias, na mesma linha: “Não há como afirmar que o casamento inexistente é um nada jurídico, não gerando qualquer efeito, inclusive quanto à presunção de paternidade dos filhos” (DIAS, 2016, p. 291)

Tais planos são relevantes para que se atente que, na ausência do cumprimento desses, o negócio é extinto. Quanto ao casamento, Tartuce, nesse sentido, explica:

os casos de inexistência – para aqueles que a admitem – e de invalidade do casamento – nulidade e anulabilidade – geram a sua extinção por motivos anteriores à sua celebração (planos da existência e da validade). Não se confundem, assim, com o divórcio, que gera a extinção do casamento por motivos posteriores à sua celebração (plano da eficácia) (TARTUCE, 2017, p. 80).

Dias, também tratando das hipóteses de invalidade do casamento, lembra que o Estado vem buscando impedir ao máximo a dissolução de casamentos. Afirma que o legislador do Código Civil vigente “preocupado muito mais em encontrar meios de validar o casamento do que de regulamentar sua desconstituição, o legislador não se limitou a relegar o tema aos capítulos que normatizam a nulidade dos atos e negócios jurídicos” (DIAS, 2016, p. 284). Ela explica também que atualmente é muito mais fácil dissolver o vínculo matrimonial por meio do divórcio. Diferente do que ocorria antes da Lei do Divórcio, quando a via menos dificultosa para se retirar da união era a anulação (DIAS, 2016, p. 284-285).

Ainda, Dias menciona o princípio da aparência

emprestando-se relevância jurídica à posse do estado de casado: convivência ostensiva na condição de casados. Imagina o legislador que a situação de fato exterioriza uma situação de direito. Havendo controvérsia sobre a existência do casamento, sem que haja prova de sua celebração, desfrutando o par da posse do estado de casado, presume-se o casamento. Trata-se de presunção que facilita a prova do matrimônio (CC 1.545), atribuindo juridicidade à mera situação de fato (DIAS, 2016, p. 285).

Nessa linha, apresenta o princípio *in dubio pro matrimoni*, em que a dúvida quanto a celebração do casamento enseja a presunção deste, nos termos do art. 1.547, do Código Civil. Ela associa todas essas questões à visão do casamento como sacramento indissolúvel, decorrente do Direito Canônico e da relação histórica entre Estado e Igreja (DIAS, 2016, p. 286): “Tanto é assim que, antes do casamento, qualquer pessoa capaz pode opor impedimentos à sua realização”. Depois da sua celebração, a legitimidade para propor a ação de anulação fica limitada a quem tiver interesse na sua desconstituição. (DIAS, 2016, p. 286).

Os efeitos do casamento, em termos de garantias e deveres, mesmo diante da sua validade, ainda podem ser justificados, como já citei, pela observação da boa-fé objetiva de um ou ambos os cônjuges.

Ainda, existem as hipóteses de nulidade e anulabilidade - além das hipóteses de invalidade já citadas. Segundo Coelho:

A decretação ou declaração judicial de invalidade desfaz, desde a celebração, as implicações jurídicas que se haviam projetado em relação à sociedade conjugal, bens, nomes e deveres dos cônjuges. A nulidade ou anulação do casamento são causas de dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1.571, II). A comunhão de bens acaso pretendida se desconstitui. O nome volta a ser o anterior ao matrimônio quando o consorte o tinha mudado. Cessam os deveres de mútua assistência e manutenção da vida em comum. Entre a nulidade e a anulabilidade do casamento, as diferenças principais são de cunho processual apenas. Em função delas e da possibilidade de convalidação do casamento anulável, mas não do nulo, interessa extremarem-se as hipóteses. O casamento inválido apenas produz seus efeitos, ou parte deles, na hipótese de boa-fé de um ou ambos os consortes; quando é chamado de “putativo” (COELHO, 2012, p. 132).

Há a ressalva de que atualmente o casamento inválido não interfere na situação jurídica dos filhos.

Cito, por fim, a coação moral que, ocorrida na celebração do casamento, também implica anulação, nos termos dos arts. 1.550, III, e 1.558, do Código Civil. “Pelo que consta da lei, não se considera coação para o casamento o temor de mal considerável a bens ou a pessoa que não seja da família do contraente.” (TARTUCE, 2017, p. 96). Ora, observo os dispositivos a respeito da coação em negócios jurídicos em geral, e para o casamento em específico, respectivamente, conforme o Código Civil:

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.
Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares

Ainda nessa linha, tem a anulabilidade decorrente do erro essencial quanto a outra pessoa. Isso significa dizer, segundo Tartuce, que situações em que uma das partes se enganou quanto à outra, o casamento pode ser anulado. Essas situações dizem respeito a identidade e honra, exemplificadas por Tartuce: “casamento celebrado com homossexual, com bissexual, com transexual operado que não revelou sua situação anterior, com viciado

em tóxicos, com irmão gêmeo de uma pessoa, com pessoa violenta, com viciado em jogos de azar, com pessoa adepta de práticas sexuais não convencionais, entre outras hipóteses (DINIZ, 2010 apud Tartuce, 2017, p. 97). Também menciona um caso de idoso que se casou com mulher muitos anos mais jovem, mas que o interesse se demonstrou apenas patrimonial (TARTUCE, 2017, p. 97).

O caso do idoso com a jovem parece ignorar que os casamentos historicamente se fundam em interesses de cunho patrimonial, quer para facilitar a divisão dos bens ou para compartilhar o patrimônio com um par, quer para institucionalizar a desigualdade de acesso a bens entre os cônjuges. A própria norma legal reconhece a possibilidade de existirem casamentos com esse fundamento ao prontamente apresentar as causas suspensivas, independente da vontade dos nubentes.

As hipóteses relacionadas a sexualidade e gênero, além de parecer priorizarem o acesso sexual sobre o afeto consolidado entre os nubentes, ou ao menos condicionar um ao outro, primam pelo aspecto da genitália sobre qualquer outro componente da identidade do cônjuge que possa formar seu gênero. Como já coloquei, a identidade se faz muito mais do que apenas pelo aspecto genital.

Além dessas, tem-se as hipóteses de ignorância quanto a crimes anteriores ao casamento, defeito físico irremediável - que não constitua deficiência -, moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança (TARTUCE, 2017, p. 97).

Veja-se, a letra da lei - a despeito da suposta primazia da vontade e liberdade e do elemento essencial do consentimento quando da celebração -, diferencia o casamento de um negócio jurídico exatamente quanto a isso. Enquanto o artigo 151, ainda da parte geral do Código, e o art. 1.556 - sobre o casamento - ambos informam que o vício da vontade torna anulável o ato jurídico, apenas o primeiro inclui o dano iminente aos bens da pessoa como elemento viciador. Quer dizer, a declaração de vontade conquistada via ameaça sobre os bens de alguém - por exemplo, como chantagem - torna ilícito um negócio jurídico. Mas, quanto ao casamento, essa ameaça não o torna sequer anulável. Aliás, Dias (2016, p 301) ressalta que a ameaça de suicídio do noivo também não permite a anulação por coação.

Sendo o casamento ato tão solene e fundado em questões patrimoniais, parece justo que a ameaça patrimonial não seja listada como hipótese de coação viciadora da sua celebração?

Tartuce, diferentemente de Coelho (2012, p. 136) opta por defender que tais dispositivos se complementam:

Em suma, é possível anular um casamento por coação relacionada ao patrimônio ou a pessoa que não seja da família do coato. Além dessa necessária interação entre livros distintos do Código Civil, outros comandos da Parte Geral relativos à coação merecem aplicação para o enfrentamento da coação no casamento. Esclareça-se que tais deduções foram incluídas nesta obra após a atuação deste autor em parecer jurídico elaborado em ação de anulação de casamento e de pacto antenupcial, em trâmite no Estado do Paraná.

Em relação a esses outros comandos, de início, é o caso do art. 152 do CC que recomenda a análise in concreto da coação, levando em conta o sexo, a idade, a experiência, a saúde e o temperamento do coagido. No casamento, do mesmo modo, não se pode considerar coação o mero temor reverencial (art. 153). A coação exercida por terceiro também pode anular o casamento, desde que o outro cônjuge tenha conhecimento ou devesse ter conhecimento do vício (arts. 154 e 155). Mais uma vez percebe-se a aplicação de normas da teoria geral do negócio jurídico, uma vez que o casamento assume essa natureza jurídica (TARTUCE, 2017, p. 97)

Dias, sobre o vício de consentimento, expõe:

(...) ter dito "não" ou não ter dito nada, na hora da celebração do casamento, não pode permitir a busca do reconhecimento da inexistência do matrimônio, por ausência da manifestação de vontade. Pelo jeito, bastaria apresentar o vídeo do casamento a comprovar tal fato e nada mais precisaria ser alegado ou provado. Não haveria a necessidade de declinar nenhum fundamento para o casamento ser desfeito, desde a data da celebração, independentemente do tempo em que o casamento se manteve na mais perfeita harmonia. A incongruência de tal possibilidade resta escancarada ao se atentar que nem mesmo a coação, ou o erro, autorizam a anulação do casamento, tendo se seguido, depois das bodas, período de convívio (CC 1.559) (DIAS, 2016, p. 292).

Vê-se que ambos os autores acreditam que deve ser flexível a possibilidade de se alegar vício de vontade ou consentimento. Além disso, Dias observa o artigo 153, do Código Civil:

Assim também a ameaça de exercício normal de um direito e o temor reverencial (CC 153), que não configuram coação para o efeito de anular negócio jurídico, são posturas que caberiam ser contrabandeadas para o direito matrimonial. A alegação, no entanto, é que, quisesse o legislador importar para o direito das famílias tal vício da vontade, teria feito. Segundo essa orientação, não se pode invocar tal excludente na hipótese de ser detectada a pressão a que não conseguiu resistir o nubente que consente em casar, por exemplo, por medo do pai. Porém, é imperioso reconhecer como possível a anulação do matrimônio nessa hipótese. Sendo o casamento um acontecimento que compromete a vida, impõe deveres, gera direitos, e a convivência se reflete na própria intimidade, não há como, por medo, assumir compromisso com esse grau de envolvimento (DIAS, 2016, p. 302-303).

Contudo, destaca que pelo artigo 1.599, a coabitação dos nubentes caracteriza exclusão de vício de vontade. Novamente a lei pretendendo preservar até onde for possível o matrimônio.

Destaco ainda que existe um descompasso entre o que os doutrinadores observam e a disposição explícita da Lei Maria da Penha que inclui a violência patrimonial como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dias, porém, discorda de Tartuce quanto à questão da ignorância quanto a homossexualidade:

Nem a alegação de homossexualidade ou de ausência de relacionamento sexual, após a celebração do matrimônio, pode dar ensejo à sua anulação. No entanto, há uma tendência em anular o casamento sob o fundamento de que a negativa de contatos sexuais frustra a expectativa do noivo. (DIAS, 2016, p. 301).

É imperioso que se cruze essas hipóteses de anulação com as categorias emprestadas de outras áreas do saber que já apresentei. A heterossexualidade é socialmente compulsória (RICH, 2012), de modo que, no Brasil, mesmo mulheres com desejo por mulheres se veem em relacionamentos heterossexuais (RIOS, 2007; GARCIA, et al, 2007; MEDEIROS, 2006; FONSECA, 2008), antes de propriamente “sair do armário”. Interessante que a heterossexualidade compulsória age, segundo Rich, não apenas impondo a sexualidade heterossexual, mas também impondo o relacionamento sexual. Se segundo alguns doutrinadores e decisões judiciais, a negativa do contato sexual no casamento deveria ser indenizada, isso indicaria que, o contato sexual seria algo como direito adquirido, ou pressuposto para a consolidação do mesmo. Porém, nenhum dos doutrinadores analisados ou mesmo a legislação nomeiam este requisito para o casamento.

Como disse, a invenção do termo lésbico enquanto identidade apenas surgiu no século XX, entretanto, acompanho Sheila Jeffreys (1993) que visualiza a resistência feminina à heterossexualidade enquanto instituição como algo anterior e que não necessariamente diz respeito a contato genital entre mulheres.

Segundo Dias, o objeto do Direito das famílias é o afeto, diferente dos outros campos do direito privado, em que o objeto é a vontade. Em nenhum dos casos o relacionamento sexual se faz como elemento. Aliás, mesmo na visão em que seria a vontade o objeto do casamento, o contato sexual lícito compreende a vontade de ambas as partes. Nesse sentido, cito dois trechos de seu livro: “(...) teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor” (VILLELA, 1994 apud DIAS, 2016, p. 207) e

O legislador, no entanto, não contemplou a única causa que pode tornar insuportável a vida em comum. Nenhuma das diversas hipóteses elencadas permite a identificação de um culpado. O que traz a lei são meras consequências. A causa é uma só. Comete adultério, tenta matar, agride, abandona, mantém conduta desonrosa quem não ama mais. As atitudes previstas são meros reflexos do fim do amor (DIAS, 2016, p. 124).

Está mais do que evidenciada a primazia do afeto para a doutrinadora. Antes de aprofundar nesta questão, contudo, importa voltar na questão do cabimento de indenização

quando ausente a relação sexual entre os cônjuges. Dias (2016), usa o conceito de débito conjugal, para referir-se a isso, como “dever de alguém se sujeitar a contatos sexuais contra a sua vontade”. Para ela, é cabalmente inconcebível associar ao casamento qualquer “obrigação de natureza sexual”. A visão atacada por Dias (2016) culmina até mesmo na admissibilidade do estupro conjugal como algo não passível de punição, se entender que a satisfação da suposta obrigação sexual seria exercício regular de direito conjugal. Sendo assim, o conceito de débito conjugal e a banalização do estupro dentro do casamento devem ser reprovados.

De toda sorte, como se vê pela definição das causas impeditivas e suspensivas, o casamento é uma questão política e se aperfeiçoa com efeitos que refletem toda a sociedade. Porém, este processo não afasta o conteúdo da vontade, ainda que construída em relação ao poder. Tampouco afasta os três planos de configuração de um negócio jurídico. Qualquer negócio jurídico existe em meio ao poder.

CAPÍTULO III - Sobre direitos, afeto e relações subjetivas

Interessante que todas as obras analisadas visualizam que houve um tempo de primazia do Direito Paterno, quer dizer, de casamentos em termos patriarcais e que seriam coerentes com a noção de troca de mulheres, como as de Rubin e Pateman aqui trabalhadas. Contudo, segundo essas obras - e diferenciando do que explicaram Rubin e Pateman -, o Direito de Família e o modelo de sociedade que temos passaram por um caminho evolutivo em que a vontade e o afeto, entre ambos os cônjuges, se tornaram prioritários nos matrimônios. A título de exemplo tem-se Dias, que discorre sobre a democratização das relações em família:

A esfera privada das relações conjugais começa a repudiar a interferência do público. Ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de legitimidade para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas. (...) Compreender a evolução do direito das famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação. (...) O grande problema reside em encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, o modo de proteger sem sufocar e de regular sem engessar. O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade (DIAS, 2016, p. 24-25).

Coelho, na verdade, foca ao longo de todo o seu trabalho nos aspectos associados a vontade e liberdade:

Enquanto as relações horizontais são, atualmente, voluntárias, porque se estabelecem e se mantêm apenas se os dois sujeitos de direito querem ficar juntos,

as verticais são obrigatórias, pelo menos pelo lado dos descendentes. Os pais podem escolher ter ou não filhos; quando adotam, podem inclusive escolher o filho que querem. Há, assim, uma certa liberdade; mas uma vez feita a opção pela paternidade ou maternidade, o vínculo durará a vida toda (COELHO, 2012, p. 39).

Farias e Rosenvald oferecem primado ao elemento do afeto:

(...) a família ganhou uma dimensão mais ampla, espelhando a busca da realização pessoal de seus membros (...)Nesse sentido, já se reconheceu, em sede jurisprudencial, que a presença do caráter afetivo como mola propulsora de algumas relações a caracteriza como entidade familiar, merecendo a proteção do Direito das Famílias e determinando, por conseguinte, a competência das varas de Família para processar e julgar os conflitos delas decorrentes(...) Secundus, importa realçar que a família moderna tem o seu ponto de referência no afeto, evidenciado como verdadeiro direito à liberdade de autodeterminação emocional, que se encontra garantida constitucionalmente” (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p. 74-75).

Da mesma forma, Tartuce também se vale da valorização do afeto diante das relações familiares:

Merece destaque o conceito de família, em sentido genérico, desenvolvido por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, no sentido de tratar-se de “um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes” (Novo Curso..., 2011, p. 45). Na esteira desses entendimentos, leis recentes trazem conceitos ampliados de família, havendo séria dúvida se tais construções devem ser utilizadas apenas nos limites das próprias legislações ou para todos os efeitos jurídicos.

De início, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) dispõe no seu art. 5.º, II, que se deve entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Na mesma linha, a Nova Lei da Adoção (Lei 12.010/2009) consagra o conceito de família extensa ou ampliada, que vem a ser aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (alteração do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990).

Como se pode notar, as novas categorias valorizam o afeto, a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar. Destaque-se que a tendência é a de que tais conceitos sejam utilizados em todos os âmbitos, em um sentido de complementaridade com as outras leis (diálogo das fontes legais) (TARTUCE, 2017, p. 40).

Sabe-se que o Direito, enquanto fenômeno jurídico, passa pelo elemento do modo como “deve ser” algo e não se trata de mera descrição da realidade fática. Além disso, estabelece o modo como o Estado visualiza institutos da vida social. Os componentes formal-normativo, estrutural e político-cultural (FACIO, 1998, p. 192) se articulam entre si, de modo que o conteúdo jurídico - lei, princípio, doutrina, etc, - só pode ser entendido quando se leva essa articulação em conta.

Nesses termos, associo essa reflexão com o conceito de poder estabelecido por Foucault. Impor, punir, valorizar ou compensar expressa-se por toda a dinâmica social, como

já mostrei na exposição histórica. Os doutrinadores, conforme observei, pretendem explicar o sistema normativo reconhecendo a realidade fática e o impacto entre esses. Assim, a fim de conter as intervenções estatais e mesmo religiosas na vida privada, propõem a primazia da vontade e do consentimento. Contudo, vontade e consentimento são noções em disputa.

Na linha de compreender o regime paternal como superado e de atribuir à privacidade o espaço de primazia da vontade e intocável pelo Estado - com exceção das situações reconhecidas como violentas, tais como aquelas protegidas pela Lei Maria da Penha -, retomo o que Pateman (1993) apontou sobre o contrato sexual. Pateman observa o momento histórico em que teria surgido a sociedade civil, por meio do chamado “contrato original”, que seria a organização social entre os indivíduos que, livremente, abdicariam de uma liberdade natural, pela liberdade civil e pela segurança de seus direitos políticos. Segundo essa visão, contratualista, o patriarcado tradicional, fundado no poder do “pai”, seria algo superado. Contudo, este culmina em transformar as mulheres em objeto do contrato. “O conceito de patriarcado perde, assim, seu sentido paterno e passa a ser uma estrutura social independente do parentesco” (FONSECA, 2016, p. 150).

Atribuir o casamento ao âmbito privado, enquanto aquele livre de intervenção externa, sob a justificativa de que seria o espaço de domínio da vontade, da privacidade e como parte de um processo de evolução do Direito das Famílias, contraria exatamente o que Pateman denuncia.

Entendo que o espaço público também é violento - e sistematicamente violento - para muitos. Desde as manifestações de homofobia à violência policial, por exemplo. Além disso, observo que a defesa da privacidade e da primazia da vontade existem como estratégia e mesmo objetivo de muitas pautas consideradas progressistas. Por exemplo, um forte argumento (COACCI, 2015) pela regulação e proteção jurídica às uniões entre pessoas do mesmo sexo foi compreender que essas, tais quais o casamento civil, possuem como elemento primordial o afeto - daí o conceito de “homoafetividade”, destoando de “homossexualidade”.

Dias, aliás, explica:

A partir do momento em que começaram a receber reconhecimento jurídico, os relacionamentos, que eram chamados pelo estigmatizante nome de uniões homossexuais, passou-se a realçar o que dá sentido à relação: a afetividade. Daí, uniões homoafetivas.

Ainda que nomes não tenham efeito mágico, quem sabe, a partir do momento em que se assinala a natureza afetiva dos vínculos familiares, as pessoas se amem mais e vivam suas relações com a cumplicidade, o companheirismo e o carinho com que somente aqueles que amam - ou seja, os amantes - sabem viver (DIAS, 2016, p. 178).

Porém, por outro lado, essa estratégia se faz de modo higienizador quanto a sexualidade. Mantem, dessa forma, o pressuposto de que existem relações homossexuais aceitáveis, aquelas fundadas na monogamia e no afeto, e existem as não aceitáveis, que seriam as de caráter apenas sexual. Nisso, como vem denunciando parte do Movimento LGBT, vê-se que

Na luta pela parceria civil, prevalece a idéia de que a sexualidade de gays e lésbicas só pode ser reconhecida como questão privada. Deixa-se para trás quatro décadas de afirmação de que o pessoal é político e se ignora o destino daqueles para os quais o casamento não representará avanço nem proteção, pois é na esfera pública que sofrem as sanções sociais, onde são insultados, agredidos e até assassinados. Percebe-se o lado sombrio da privatização das vidas, ou seja, sua despolitização. Ela caminha com a aceitação da avaliação moral hegemônica que distingue os dignos dos indignos da legitimação legal. Por fim, mas não por menos, ao assumir que a intimidade gay e lésbica é igual à hetero nos deparamos com a heterossexualidade compulsória em sua segunda geração. Se indivíduos homooorientados não podem mesmo se tornar heterossexuais, então, a ordem social encontrou um meio de fazê-los viver como se fossem (MISKOLCI, 2007, p. 123).

Ainda, Dias parece desconsiderar que as demandas judiciais dos casais, que veio a nomear como homoafetivos, eram em maioria de cunho referente à administração patrimonial, e não de reconhecimento de afeto entre as pessoas.

Ressalto, afinal, que o sentido dado à heterossexualidade compulsória por Miskolci (2007) se diferencia, em alguma medida daquele estabelecido por Rich. Rich lançou o olhar propriamente para a imposição do sexo heterossexual às mulheres, enquanto Miskolci observou na perspectiva da imposição do que seria uma vida heterossexual para todos.

De toda forma, não coloco que relações de violência devem ser preservadas, mas essas devem ser reguladas e as partes que sofrem a violência, ao menos, devem ser protegidas. Contudo, a lei já vem reconhecendo, por exemplo, pela promulgação da Lei Maria da Penha, que nem sempre o ambiente do lar realmente é um ambiente seguro para o exercício de autonomia e afeto por si.

Flávia Biroli, em uma análise do exercício de autonomia, diante de assimetrias de recursos entre as pessoas, passa por essa questão. Para isso, limita:

As noções de liberdade e autonomia que se definem na tradição liberal não são, certamente, homogêneas. (...) O domínio da individualidade define-se como aquele em que consciência e vontade atendem a motivações “próprias”. Não se trata da suspensão do contexto das interações, mas da delimitação de um âmbito que deveria ser preservado para que a liberdade individual seja garantida. Normativamente, é o respeito a esse domínio, preservado da interferência das motivações e da força externa – do Estado, das maiorias ou de indivíduos em posição que lhes poderia conferir o controle sobre outros –, que consolida uma noção de liberdade. A integridade física e psíquica remete a uma unidade do sujeito, em que a dimensão espacial e a temporal, a dimensão da existência concreta corpórea e a da realização dessa existência no tempo, se combinam. (...) O espaço

por excelência da liberdade assim concebida é a vida privada. (...) É ali que projetos e afetos se gestariam e se manifestariam de maneira singular, sem ferir os requisitos de universalidade que igualariam a todos na esfera pública (BIROLI, 2016, p. 41).

Assim, reconhecendo que existem relações de poder nas interações sociais, e essas são muitas vezes naturalizadas, como se dão a manifestação da vontade e o exercício da autonomia? Tendo este questionamento, Birolí entende que não pode valer-se da concepção abstrata de privacidade, “que mantenha espessas as fronteiras entre a vida privada e a regulação estatal, suspendendo a necessidade de que as relações no mundo privado atendam a critérios de justiça que referenciam as relações na esfera pública” (2016, p. 44). Nessa ótica, a vida privada é ignorada como problema político. Tendo em conta o contrato sexual, indica que a privacidade, em verdade, serve à preservação de certas autonomias, mas deixa vulneráveis aqueles submetidos às manifestações do racismo, patriarcado e capitalismo.

Ora, se mesmo o exercício da sexualidade e definição dos parceiros afetivos e sexuais são marcados por determinações sociais, parece questionável que a liberdade de escolha, por exemplo, sobre a divisão do trabalho doméstico seja garantida. Coelho, na contramão, sugere:

Não há nenhuma tarefa da qual um determinado gênero, por definição, esteja afastado. Pelo contrário, todos podem fazer tudo com eficiência. Determinadas tarefas, contudo, costumam ser mais fáceis para o homem e outras para a mulher. Machismo nenhum existe na identificação de diferentes habilidades entre os gêneros. Existe, na verdade, na hierarquização delas. A ideologia machista se manifesta na afirmação de que as tarefas normalmente associadas ao homem são de importância superior às da mulher. Dizer que os homens, em geral, têm mais facilidade com a instalação de programas no computador caseiro que as mulheres, e que essas se viram melhor no gerenciamento da despensa doméstica não tem nada de preconceituoso. O preconceito existe na afirmação de que instalar programas em computadores seria mais importante que gerenciar a despensa, ou vice-versa. A ideologia machista começou a declinar com o considerável aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho e a revolução dos costumes que o acompanhou. (...) Homens e mulheres se casam, como visto, para organizar suas vidas. Dividir as tarefas domésticas de modo eficiente é a principal razão do casamento. A eficiência pressupõe a divisão segundo as capacitações. No passado, quando a estrutura familiar era mais simples, as tarefas estavam divididas de antemão, cabendo ao homem prover dinheiro, definir o domicílio da família e impor os castigos mais severos aos filhos desobedientes, e à mulher cozinhar, lavar, passar, costurar, limpar a casa, cuidar dos filhos e educá-los. Hoje em dia, a divisão atende às conveniências de cada casal (COELHO, 2012, p. 75).

Segundo ele, o patriarcado foi tal superado que a divisão de tarefas não se baseia em diferenças sexuais. Contudo, como já observei, a divisão de tarefas não é e não foi aleatória. Nesse sentido, relembro Silvia Federici, que em um estudo bastante acurado da transição entre o sistema feudal e o que chamamos de Modernidade - momento que lançou as bases de uma série de princípios e premissas que mantemos até hoje no sentido do “dever ser”, mesmo na América Latina -, identifica o processo pelo qual essas atividades citadas por Coelho

tornaram-se vistos como “não trabalho”, consideradas atividades reprodutivas e não produtivas.

Em estudo da sociedade brasileira muito próxima da realidade contemporânea, Beatriz Nascimento explica sobre o processo de desvalorização dos trabalhos realizados pelas mulheres negras, em termos de remuneração, e de desvalorização das trabalhadoras negras. Parte da noção de que a Escravocacia é formadora da organização social brasileira:

A mulher negra na sua luta diária durante e após a escravidão no Brasil, foi contemplada como mão-de-obra, na maioria das vezes não qualificada. Num país em que só nas últimas décadas desse século, o trabalho passou a ter o significado dignificante o que não acontecia antes, devido ao estigma da escravatura, reproduz-se na mulher negra “um destino histórico”. É ela quem desempenha, em sua maioria, os serviços domésticos, os serviços em empresas públicas e privadas recompensadas por baixíssimas remunerações. São de fato empregos onde as relações de trabalho evocam as mesmas da Escravocracia (NASCIMENTO, 2006, p. 128).

Com isso, compreender o casamento na atualidade como orientado pela livre organização das tarefas necessárias para a manutenção de uma família não poderia ser afirmado se o autor considerasse a significância e as possibilidades de autonomia e mesmo ascensão social para quem exerce cada qual dessas atividades. Ocorre que, na concretude dos casos, a realização de determinadas tarefas viabiliza que aqueles que se beneficiam dessas possam exercer com mais autonomia seus direitos.

O Direito das Famílias parece desconsiderar que, mesmo no passado, uma quantidade expressiva de mulheres e homens exercia trabalhos fora de seus lares e não necessariamente isso indicava autonomia em relação à dinâmica patriarcal da sociedade brasileira. A divisão sexual do trabalho para as famílias protegidas pela lei no Brasil se faz em pelo menos três partes: pelo homem branco com exercício de direitos e deveres, pela sua esposa que fornece bases para que o exerça e, finalmente, pela população negra que tem os entes de suas famílias empurrados para fora dos lares, exercendo trabalhos que serão aproveitados pela manutenção dos direitos dos primeiros.

No que tange à primazia do afeto e do consentimento, Dias explica: “casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos” (DIAS, 2016, p. 233), em seguida, coloca que esse se faz em caráter de consenso espontâneo, em termos semelhantes, também o afirma Tartuce (2017, p. 96). Quero dizer, já foi visto que a coação moral vicia o casamento. A visão voluntarista sobre o casamento só se sustenta se as premissas liberais de consentimento e vontade fossem asseguradas.

Em “In a Different Voice”, da psicóloga Carol Gilligan (1982), tem-se a oportunidade de verificar como os valores e visões entre meninos e meninas podem se diferenciar em termos que se relacionados mesmo a questões morais e a significados distintos atribuídos a situações semelhantes. Afastando-me da metodologia de Gilligan, mas reconhecendo o mérito de sua investigação, tomo aqui a análise acurada de Catherine MacKinnon, a fim de refletir sobre o elemento do consentimento. Gilligan, enquanto psicóloga, lança situações para meninos e meninas buscarem resoluções, assim, percebe a diferença no percurso de seus raciocínios e nas soluções propostas. São percepções que demonstram como contextos que desafiam o senso moral podem ser interpretadas de modos distintos, orientados sexualmente³¹

Acontece que Gilligan teoriza a partir da percepção apreendida pelo Movimento Feminista de que ouvir a experiência feminina é necessário, entre outras conclusões, por apontar que as visões institucionalizadas e masculinas falham em compreender algumas questões e danos sofridos pelas mulheres (CAIN, 1988).

Explico isso para justificar minha escolha em expor o modo como a jurista Mackinnon percebe o consentimento em sociedades desiguais em termos de gênero e sexo. Passando por exemplos, entre os quais alguns que já citei:

Muitas questões que se revelam sexuais a partir desse ponto de vista não têm sido consideradas enquanto tais, nem têm sido definidas como políticas. Incesto, por exemplo, é comumente visto como uma questão de diferenciar o verdadeiro mal, um crime contra a família, da sedução ou fantasia de uma menina. (...) O assédio sexual não era sequer uma questão e de repente se converteu em um problema de distinguir entre o abuso de um cargo e relações privadas e flertes afetuosos. Lesbianismo, quando visível, tem sido por vezes considerado uma perversão, por vezes não; por vezes tolerado, por vezes não. (...) Prostituição tem sido entendida tanto como lascívia e degradação mútua quanto como uma troca igualitária de necessidade sexual por necessidade econômica. A questão do estupro tem sido se o intercurso foi provocado/mutuamente desejado ou se foi forçado: o que é sexo ou violência? Por trás e através desses problemas, a sexualidade em si tem sido dividida em campos paralelos: tradicionalmente, religião ou biologia; na moderna transformação, moralidade ou psicologia. Quase nunca política (MACKINNON, 2016, p. 822).

O consentimento captado "mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares" (art. 1.558) realmente torna anulável o matrimônio, nos termos da lei. Mas, considerando a assimetria de recursos pode-se afirmar que sistema jurídico pode detectar quando este ocorre?

Por isso, Mackinnon viu que os exemplos citados são construídos por premissas que acabam negando necessidades de mulheres: "As mulheres que precisam de um aborto, por

³¹ Dizer que algo é orientado sexualmente, nesse caso, não significa biologizar ou essencializar as respostas das crianças, mas indica que a formação das crianças pode ter sido diferenciada conforme seu sexo, podendo guiá-las para respostas distintas.

exemplo, veem a contracepção como uma luta não apenas pelo controle sobre os produtos biológicos da expressão sexual, mas sobre os ritmos e costumes sociais da relação sexual" (MACKINNON, 2016, p. 823). Ocorre que, no que diz respeito ao consentimento, a autora em termos muito claros, questiona o fato de que é o consentimento, e não a reciprocidade, o que separa o estupro da relação sexual³². Isso se associa, também, à noção de que a homossexualidade acaba sendo imposta.

MacKinnon (2016), olhando o fenômeno jurídico e a sociedade norte-americana, afirma que, não raro, mulheres são violadas por homens que sequer sabem o significado de suas ações sobre elas. A autora aponta que a linha entre abuso, violência e sexo é tênue. Para ela, muitos homens que violentam mulheres o que estão fazendo é sexo e, para a lei, também o é (MACKINNON, 2016). Por isso os sentidos de poder dados por Mackinnon se mostram tão relevantes. Implicam observar que existem assimetrias nos sentidos de violência e abuso. Ainda que pelo poder os sentidos de verdade vão se produzindo, no sentido foucaultiano, acho útil tomar que, pelos sentidos de verdade legitimados alguns sentimentos vão sendo desvalidados, tais como o do abuso sexual.

Tal compreensão não pretende, como admito, ser fatalista. Mas acaba permitindo que se recorde que o Direito positivado historicamente vem sendo construído por indivíduos que não são violados nos termos que mulheres são. Prabha Kotiswaran (2016), apoiada em Duncan Kennedy, com o olhar sobre o Direito Penal indiano, observou que, ainda que a intenção do judiciário e do legislativo seja punir qualquer violência sexual, a sua definição vai sempre tolerar um certo nível de abuso. Acredito que esse nível é, no mínimo, a linha entre o sofrimento da vítima e a percepção de quem a viola.

Retomando Foucault e, em excepcional articulação deste com o que nos mostra MacKinnon, percebo que os afetos e sexualidades não se desassocia das estruturas opressoras históricas. É neste sentido que importa pensar os estudos de ambos os autores. Consentimento, liberdade e vontade são conceitos que não podem ser compreendidos abstratamente e, na sua aplicação à realidade fática, deve-se levar em conta os contextos

³² Cito o exemplo recente e midiático da violência sexual sofrida pela fotógrafa anônima pelo ator Aziz Ansari. Enquanto para alguns ela apenas viveu um "encontro ruim", para ela foi uma situação na qual ela se sentiu violada e desrespeitada. O ator, posteriormente ao relato da moça, reconheceu o sentimento dela e, de modo que considero progressista, no debate público o "dolo" do ator foi menos central do que o sofrimento dela. Menciono também o caso "La Manada", que notabiliza a dificuldade - ou recusa - de juristas em atestar violências sexuais com base no que apresenta a vítima. Refere-se a situação de estupro coletivo que, tendo sido ajuizada, recebeu votos que se focaram no questionamento quanto a quais sinais teria a vítima demonstrado para que os agressores percebessem incontestável resistência ao contato sexual. Como a vítima, em estado de choque, teria permanecido parada, apenas de olhos fechados durante a agressão, a sentença utilizou-se disso para fundamentar que não teria havido violência ou intimidação (ASSIS, 2018). Sentença na íntegra: <https://issuu.com/jorgea.rodriquezarroyo/docs/sentenciapixelada02/92>

sociais e recursos. Se o casamento só é celebrado quando se garante tais elementos, o Direito deveria atuar para garanti-los, a fim de proteger a união e a família. Porém, ensaja a reflexão quanto aos contornos dessa atuação.

Como se sabe, os doutrinadores identificam alguns espaços de legítima intervenção estatal no casamento, tais como aqueles que violam a Lei Maria da Penha. Explicito que tal ordenamento possui um dispositivo que reconhece a concomitância entre afeto e violência:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Outro aspecto que trago é o que está sintetizado em súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 593: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente

Da leitura da súmula, podemos compreender que parece existir um reconhecimento jurídico de que a linha que separa definitivamente sexo e violação pode ser inexistente.

Assim, a afetividade e a primazia da vontade não deveriam excluir a atuação positiva do Estado sobre o espaço cunhado como de privacidade. De todo modo, segundo dados de 2014, por exemplo, cerca de 40% dos casos de estupro de crianças, o agressor tratava-se de familiar próximo (CERQUEIRA, 2017), assim como, pelo Mapa da Violência contra a Pessoa Idosa do Distrito Federal (DF), 67,80% dos casos de violência contra idosos, em 2018, foram impetrados na própria casa da vítima. O espaço da privacidade, de fato, é formado por uma série de violências, não apenas sexuais.

Através do processo de constitucionalização do Direito das Famílias, alguns termos vêm emergindo. Dias trata da democratização das famílias e dos sentimentos, refere-se a uma visão baseada na percepção da jurista de que as famílias são marcadas por respeito mútuo, igualdade, lealdade e liberdade, segundo suas próprias palavras (DIAS, 2016, p. 215). Nesse sentido, pretende defender que as famílias sejam/são formadas por relações menos desiguais, tanto em graus de parentesco horizontais quanto verticais. Além disso, indica a constitucionalidade da união estável e o casamento igualitário, como marcas da democratização.

Tartuce, culminando também no caminho da democratização, apontou, apoiado em Eduardo de Oliveira Leite, que o Direito das Famílias passou por algumas etapas³³: estatização, retratação, proletarização, desencarnação, dessacralização e, finalmente, a democratização (TARTUCE, 2017, p. 3). Nisso, com a marca da Constituição de 1988, devem ser garantidos, no âmbito familiar, princípios fundamentais: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade, conforme o artigo 5º, da Carta Magna (TARTUCE, 2017, p. 6).

Farias e Rosenvald (2011b, p. 63), nessa linha, observam um processo evolutivo constitutivo do Direito das Famílias. Para eles, ao supostamente afastar-se o casamento da ótica institucionalista (2011b, p. 136) defende que sejam privilegiados, no que chamam de garantismo humanitário e social, valores tais quais a dignidade, a solidariedade social, a igualdade substancial e a liberdade. Afirmam “(o casamento) tem que servir as pessoas. Ele é meio, instrumento, através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade”. Destaco que, nesse sentido, se voltam contra a suposta neutralidade (FARIAS, ROSENVALD, 2011b, p. 108) da norma:

A norma jurídica somente pode ser vista e admitida como instrumento posto à distância para implementar decisões justas e adequadas, solucionando os mais variados problemas e conflitos emergidos de uma sociedade aberta, plural e multifacetária (FARIAS, ROSENVALD, 2011b, p. 109).

Os autores analisados seguem pela primazia da vontade e da liberdade como contraposição à noção institucionalista do casamento. Nesse sentido, acreditam na intervenção mínima do Estado sobre as famílias, como orientação para a democratização e constitucionalização dessa área jurídica.

³³ *In verbis* (TARTUCE, 2017, p. 3):

- a)A estatização – diante da comum e crescente ingerência do Estado nas relações familiares, o que traz uma tendência de publicização da disciplina, que sempre foi baseada no privatismo.
- b)A retratação – nítida redução do grupo familiar em pais e filhos, substituição da família patriarcal pela família nuclear, com um número menor de pessoas.
- c)A proletarização – o grupo doméstico perde sua característica plutocrática, ou seja, dominada pelo dinheiro.
- d)A desencarnação – substituição do elemento carnal e religioso pelo elemento psicológico e afetivo.
- e)A dessacralização – desaparecimento do elemento sagrado, da forte influência religiosa da Igreja Católica, o que dá larga margem à vontade individual, à autonomia privada. Ampliam-se a liberdade e o direito de manifestação das ideias.
- f)A democratização – a sociedade familiar passa a ser uma sociedade igualitária, substituindo-se a hierarquia pelo companheirismo, e pela possibilidade de todos os membros da entidade familiar opinarem para as tomadas de decisões.

Pois bem, do que demonstrei, tem-se elementos suficientes para questionar as possibilidades de se garantir isso. Retomando a reflexão sobre a divisão sexual do trabalho e do retrospecto histórico, evidencia-se que no Brasil, enquanto ex-colônia e formado pelas estruturas patriarcais e racistas, a divisão do trabalho no âmbito alegadamente privado se faz apoiado nessas estruturas.

Em exemplo cru e caricato, pela organização - nos âmbitos público e privado -, da sociedade brasileira, historicamente, o trabalho exercido pela população negra fora de suas casas viabiliza o exercício dos direitos dos homens brancos em trabalhos vistos como dignos e regulados. Mas ressalvo,

Na sociedade machista, racista e classista, a vida doméstica é seara das mulheres e não dos homens. São as mulheres que contratam sim. Não são as únicas que se beneficiam claro, mas são elas que fecham os acordos de trabalho. Acredito que em sua maioria essa contratante também é branca (NUNES, 2013, n.p.).

Se a garantia de igualdade, e a “livre organização de tarefas”, como propôs Coelho (2012, p. 75), entre homem e mulher brancos casados for viabilizada pela limitação das possibilidades de igualdade, afeto e “realização plena” - nos termos de Tartuce - de famílias negras, a democratização do Direito das Famílias sequer se aproxima.

Não vejo a mulher negra em um aspecto passivo apenas. Lélia Gonzales, com muita perspicácia, na narrativa sobre a figura já citada da "mãe-preta", observa como as mulheres negras trabalhadoras - e/ou exploradas - nas "casas de família" têm o que opto por chamar de potencial subversivo:

Exatamente essa figura para a qual se dá uma colher de chá é quem vai dar a rasteira na raça dominante. É através dela que o “obscuro objeto do desejo” (o filme do Buñuel), em português, acaba se transformando na “negra vontade de comer carne” na boca da moçada branca que fala português. O que a gente quer dizer é que ela não é esse exemplo extraordinário de amor e dedicação totais como querem os brancos e nem tampouco essa entreguista, essa traidora da raça como quem alguns negros muito apressados em seu julgamento. Ela, simplesmente, é a mãe. É isso mesmo, é a mãe. Porque a branca, na verdade, é a outra. Se assim não é, a gente pergunta: que é que amamenta, que dá banho, que limpa cocô, que põe prá dormir, que acorda de noite prá cuidar, que ensina a falar, que conta história e por aí fora? É a mãe, não é? (...) E quando a gente fala em função materna, a gente tá dizendo que a mãe preta, ao exercê-la, passou todos os valores que lhe diziam respeito prá criança brasileira, como diz Caio Prado Júnior. Essa criança, esse infans, é a dita cultura brasileira, cuja língua é o português. A função materna diz respeito à internalização de valores, ao ensino da língua materna e a uma série de outras coisas mais que vão fazer parte do imaginário da gente (Gonzalez, 1979c). Ela passa prá gente esse mundo de coisas que a gente vai chamar de linguagem (GONZALES, 1984, p. 235).

Ainda, cito Audre Lorde, que se apropriando do que considera ser costumeiramente usado contra as mulheres - o erotismo - vislumbra uma possibilidade de autoconhecimento e libertação:

Mas quando começamos a viver desde dentro pra fora, conectadas ao poder do erótico dentro de nós e permitindo que esse poder preencha e inspire nossas formas de atuar com o mundo que nos rodeia, então é que começamos a ser responsáveis por nós mesmas no sentido mais profundo. Pois ao começarmos a identificar nossos sentimentos mais profundos é que desistimos de nos satisfazer com sofrimento e auto-negação, e o embotamento que tantas vezes parece ser a única alternativa a isso em nossa sociedade. Nossos atos contra a opressão se tornam íntegros com sermos, motivados e empoderados desde dentro. Em contato com o erótico, eu me rebelo contra a aceitação do enfraquecimento e de todos os estados de meu ser que não são próprios de mim, que me foram impostos, como a resignação, o desespero, o auto-aniquilamento, a depressão, a auto-negação. (...) Isso me traz a uma última consideração sobre o erótico. Compartilhar o poder dos sentimentos de cada pessoa é diferente de usar os sentimentos de outra pessoa como lenço de papel. Quando não atentamos a nossas experiências, eróticas ou de outro tipo, não estamos compartilhando, e sim usando os sentimentos de quem participa conosco na experiência. E usar alguém sem seu consentimento é abuso.(...) na tradição européia-estadunidense, essa necessidade é satisfeita com certos encontros eróticos ilícitos. Tais ocasiões quase sempre se caracterizam por falta de atenção mútua, pela pretensão de chamá-las pelo que não são, seja isso religião, ou arrebatamento, violência da multidão ou brincar de médico. E esse chamamento torto à necessidade e ao ato faz surgir aquela distorção que resulta em pornografia e obscenidade – o abuso do sentimento (LORDE, p. 14).

Acontece, contudo, que, apesar desse autoconhecimento e potencial subversivo, o papel de mãe-preta ou o que podemos chamar de erotismo imposto - seguindo os termos de Lorde - não garantem, necessariamente, o exercício dos direitos associados ao modelo burguês ocidental de família ou às noções liberais modernas de liberdade e igualdade.

Retomo, agora, o que trouxe da noção de poder foucaultiana. Ao se aprofundar na História da Sexualidade, ele propõe, e pelo que observei para este trabalho, eu concordo que é necessário que afastemos o "privilegio teórico da lei e da soberania", para entender o poder na sua concretude (FOUCAULT, 1988, p. 86). O poder não emana apenas da lei ou de um soberano, mas existe articulado com toda a dinâmica social. Isso ocorre de modo que, por exemplo, apesar da consagração da família nuclear nos termos da lei, uma série de mulheres negras sejam afastadas do matrimônio ou mesmo têm seus companheiros retirados de seus espaços de trocas de afetos.

Observo, no que trouxe de Audre Lorde e Lélia Gonzales, que existimos e produzimos diante da dinâmica do poder - por causa dele e apesar dele -, de modo a construir os sentidos de libertação, não associados ao tal modelo burguês ocidental. Importa, em última análise, admitir a criatividade humana nos seus encontros e afetos. Diferencio criatividade de

autonomia ou liberdade, nos termos propostos pelos doutrinadores para defender o voluntarismo no casamento.

Da criatividade, trago, para exemplo, o trabalho etnográfico de Larissa Pelúcio (2006), em que analisou três relacionamentos considerados conjugais, envolvendo travestis. Creio que ela utilize “conjugalidade” em termos semelhantes a Miriam Grossi, como o “projeto afetivo/emocional de duas pessoas” (GROSSI, 2000, p. 298). Pelúcio verificou organizações que destoam dos padrões considerados pela Lei, como por exemplo a rotina de privacidade compartilhada na mesma casa, mas a impossibilidade de fazer parte da organização familiar em termos de parentesco. Esse afastamento do que a legislação civil detecta, permite a fluidez de alguns conceitos e organizações, tais como as duas travestis que se relacionam com homens fixos, mas compartilham entre si a casa e a rotina de tarefas domésticas. São criativas as práticas, mas não garantem a proteção estatal e o acesso aos direitos associados aos afetos na doutrina, como a autonomia para separação de bens, o acesso ao casamento, entre outros.

Segundo Pelúcio, isso faz com que sejam relações pautadas pela clandestinidade (PELÚCIO, 2006, p. 524), em que se formam modelos conjugais menos convencionais, segundo ela. Em verdade, são modelos contra-hegemônicos. Além disso, nessas relações, configuram-se vidas sociais de menos previsibilidade (PELÚCIO, 2006), é o que ocorre quando se vive uma vida conjugal ignorada pelo Direito das Famílias, ou detectada apenas pela via do Direito Penal, como no caso das travestis que se prostituem.

No modelo ocidental de conjugalidade, apresentei que o encontro entre afeto, sexo e sofrimento não é raro. Grossi (2000) mesmo propõe que os relacionamentos, ao menos os heterossexuais, se fazem em uma oscilação entre amor e dor, já socialmente conhecida, apoiada na tradição judaico-cristã que articula paixão e sofrimento

Assim, não pretendo defender o impedimento jurídico de qualquer relacionamento que produza dor, ou mesmo violência. O fenômeno jurídico é limitado, pois se faz em generalizações e, por vezes, acaba não tendo acesso à verdade real dos casos. Por exemplo, o Direito positivado pressupõe que necessariamente um relacionamento entre um civilmente capaz e um civilmente incapaz será violento, mas, noutro sentido, não consegue alcançar todas as hipóteses possíveis de estupro, tolerando situações de violência por se não identificar o dolo de quem violenta e não lançar o foco no sofrimento da outra parte. Outros componentes comunitários ou do Estado podem alcançar esses espaços, tais como a assistência social e a psicologia, mas o sistema normativo não alcança.

Porém, por meio deste sistema podem ser acessados uma série de situações de violação de direitos reiteradamente positivados e de entendimentos pacificados na doutrina. É o que proponho. Sendo o casamento pertencente às categorias do direito privado, se assemelhando a um negócio jurídico, a invisibilização das desigualdades que o sustentam não merecem prosperar.

O Direito das Famílias fornece uma opção que outras áreas, como o Direito Penal, parecem não fornecer. Sendo que premissas morais, sentimentos e dor são percebidos de modo distinto, articulado com a identidade de cada um, pode-se finalmente deslocar o olhar de elementos como dolo e mesmo consentimento e focar em reciprocidade e sentimentos propriamente ditos. Assim, talvez, possam ser construídos relacionamentos conjugais e afetivos que não sejam pautados em um teor punitivo - ou apenas punitivo -, mas em um teor protetivo e mesmo educativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em análise referenciada em estruturas sociais e de poder, mas com a cautela de evitar essencialismos e determinismos, o presente trabalho se debruçou sobre a natureza jurídica do casamento, como objeto que permitisse uma visão mais ampla da interação entre o sistema normativo e as vidas dos brasileiros e das brasileiras. Como exposto, os discursos da doutrina legitimam, ignoram ou pretendem punir certas vivências. Isso produz sentidos sobre o que é verdade e o que é possível na vida das pessoas, através da área do Direito.

Entendeu-se que, na esfera do fenômeno jurídico, o Direito das Famílias historicamente legitima modelos de organização hegemônicos, mas não sucede em puxar aquelas pessoas que estão afastadas desses modelos para a esfera de regulação. Ao contrário, algumas pessoas foram sistematicamente violentadas ao tentarem aproximar-se de tais aspectos, tais como casais na tentativa de consolidar uniões estáveis ou mulheres na busca pela liberdade no espaço privado. A legitimidade e proteção estatal se fundou muito mais nas identidades - interseccionando raça, sexo e sexualidade, no mínimo - do que no cumprimento do modelo familiar nuclear.

Analisando o conteúdo doutrinário, entendi que este ainda se faz relacionando as uniões ao patrimônio, mas dificilmente se admite que o tema do patrimônio teria tanta primazia quanto o afeto, consentimento ou mesmo a divisão de tarefas familiares. Alegando a superação do sistema dotal e da troca explícita de mulheres, os autores e a autora pretendem defender a superação do Direito Paternal e do patriarcado. Entretanto, verifiquei que ainda se

legitima o acesso sexual às mulheres e a perpetuação do modelo capitalista sustentado na exploração racial e sexual.

Essas questões minam as possibilidades de diálogos e acordos despidos de violência e de violação de direitos. Mas, o Direito, e mesmo o sistema normativo - se socialmente referenciado - pode assumir as desigualdades e reconhecer as assimetrias de recursos e poder de escolha entre as pessoas que se unem afetivamente. A existência lésbica, gay e travesti fornece alternativas de modelos de uniões que, ainda que moldados pela dinâmica do poder, resistem deslocando o acesso sexual livre às mulheres e a divisão sexual do trabalho, por exemplo.

O desafio é proteger a criatividade das uniões conjugais e garantir que as partes não sejam privadas de direitos. A vida conjugal, quando clandestina, nos termos de Pelúcio (2006) - que acaba sendo desconsiderada pela lei familiar, e eventualmente detectada apenas pelo sistema penal -, historicamente invisibilizou violências e afastou direitos.

Entretanto, na toada da defesa do casamento como espaço de primazia da vontade e do afeto, assumo que esses dois elementos não são desvinculados de dor e violência, ao menos no atual período histórico-social brasileiro. Considerando isso, observo que os estudos do âmbito do Direito das Famílias dependem de questões quanto a qual o seu teor protetivo e quais os limites do seu potencial punitivo. Essa compreensão é necessária para que se continue na constitucionalização e democratização dos sentimentos e uniões, tão evocadas nos discursos dos doutrinadores analisados. Com isso, não informo uma prescrição quanto ao Estado, mas uma descrição quanto a este, ao fornecer reflexões úteis para aquelas e aqueles que atuam ou atuarão na área do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOT, Deborah; FARMER, Ellen. **Adeus, maridos: mulheres que escolheram mulheres**. São Paulo: Summus, 1998.

ANDRADE, Rômulo. Havia um mercado de famílias escravas?(A propósito de uma hipótese recente na historiografia da escravidão). **Locus-Revista de História**, v. 4, n. 1, 1998.

ASSIS, Mariana Prandini. **A sentença do caso La Manada: O que ela nos diz sobre o mandato de masculinidade hegemônica e o sistema de justiça?** 2018. Disponível em < <https://brasilem5.org/2018/05/05/a-sentenca-do-caso-la-manada-o-que-ela-nos-diz-sobre-o-mandato-de-masculinidade-hegemonica-e-o-sistema-de-justica/> > . Acesso em 16 de maio de 2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 2008.

AZEVEDO, Josefina Álvares de. “O divórcio”. In: **A Família**, Anno II, N. 77, Rio de Janeiro, 2 de outubro de 1890.

BARSTED, Leila Linhares; GARCEZ, Elizabeth. A Legislação Civil sobre Família no Brasil. **As Mulheres e os Direitos Cíveis**, Rio de Janeiro, Cepia: 1999.

BIROLI, Flávia. Autonomia, preferências e assimetria de recursos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 31, n. 90, 2016.

_____. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. **Dados**, v. 59, n. 3, p. 719-754, 2016.

BRITO, Laura Souza e Brito. Família e parentesco: direito e antropologia. **Revista Discente DIREITO GV-redGV**, v. 1, n. 3, p. 76-92, 2013.

CAIN, Patricia A. Feminist jurisprudence: Grounding the theories. **Berkeley Women's LJ**, v. 4, 1988.

CARNEIRO, Sueli. Gênero Raça e Ascensão Social. **Estudos Feministas**, v. 3, n. 2, p. 544, 1995.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz; FERREIRA, Helder. Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014. **Rev. bras. segur. pública**| São Paulo v, v. 11, n. 1, p. 24-48, 2017.

COACCI, Thiago. **DO HOMOSSEXUALISMO À HOMOAFETIVIDADE: DISCURSOS JUDICIAIS BRASILEIROS SOBRE HOMOSSEXUALIDADES**, 1989 - 2012. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2014.

CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira. **Cadernos de pesquisa**, n. 37, p. 5-16, 1981.

DE FÁVERI, Marlene. Estratégias familiares e jogos de gênero na instituição da Lei do Divórcio.

DE MESQUITA SAMARA, Eni. A família no Brasil: história e historiografia. **História Revista**, v. 2, n. 2, 1997.

DIAS, Maria Berenice. Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade, 2013.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª edição. 2016.

_____. **Novos tempos, novos termos**. Artigos Jurídicos, 2004.

_____. Separação: culpa ou só desamor. **Revista ADV–Seleções Jurídicas**. COAD/Rio de Janeiro, p. 43, 1998.

DO AMARAL, Isabela Guimaraes Rabelo. **Resistência feminina no Brasil oitocentista**: as ações de divórcio e nulidade de matrimônio no Bispado de Mariana. 2012.

FACIO, Alda. **Cuando el género suena, cambios trae**: Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. 1998

FARIAS, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol. I, 9ª edição, 2011ª

_____. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição, 2011b

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: Mulheres, o corpo e a acumulação primitiva. São Paulo: Elefante Editora, 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **O corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 2006.

FONSECA, Claudia. Homoparentalidade: novas luzes sobre o parentesco sobre o parentesco. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 16(3): 424, setembro-dezembro/2008

FONSECA, Livia Gimenes Dias da. **Despatriarcalizar e decolonizar o estado brasileiro**: um olhar pelas políticas públicas para mulheres indígenas. 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

_____. **Microfísica do poder**, trad. Roberto Machado, Rio de Janeiro, Graal, 1979.

GAGLIANO, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Marcos Roberto Vieira et al. “Não podemos falhar”: a busca pela normalidade em famílias homoparentais. In. GROSSI, Miriam Pillar, UZIEL, Anna Paula, MELLO, Luiz

(orgs.). **Conjugalidades, parentalidades, identidades lésbicas, gays e travestis**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007

GILLIGAN, Carol. **In a different voice**. Harvard University Press, 1982.

GOMES, Camilla de Magalhães. **Têmis Travesti**: as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do “humano” no Direito. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral**, volume 1, 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 92/93, 1988.

_____. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Ciências sociais hoje**, v. 2, p. 223-244, 1984.

GREGORIO, Fernando da Silva. Casamento civil : aspectos do instituto no direito brasileiro e português. In: **Revista de direito de família e das sucessões : RDFAS**, v. 2, n. 6, p. 135-149, out./dez. 2015.

GROSSI, Miriam. **Rimando amor e dor**: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal. 2000.

HALLEY, Janet. Split decisions: How and why to take a break from feminism. **Harvard law review**, v. 120, n. 2, p. 660, 2006.

HITA, Maria Gabriela. Mãe-Vó-Bi: chefe de família em arranjo matrifocal negro. **Anais**, p. 1-35, 2002.

HITA-DUSSEL, M.G. **As Casas das Mães sem Terreiro**: etnografia de modelo familiar matriarcal em um bairro popular negro da cidade de Salvador. (Tese de Doutorado, Universidade Estadual de Campinas, 2004)

JEFFREYS, Sheila. **Gender hurts**: A feminist analysis of the politics of transgenderism. Routledge, 2014.

_____. **The lesbian heresy**: A feminist perspective on the lesbian sexual revolution. Spinifex Press, 1993.

KOTISWARAN, Prabha. **Governance Feminism in the Post-Colony**: India's Rape Law Reforms of 2013, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, Brasília, v.8, n.27, p. 47-56, out./dez. 2004, p. 49.

LORDE, Audre. Os Usos do Erótico: O Erótico como Poder. In: **Textos escolhidos** de Audre Lorde, sem data.

LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade, Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11a ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MACKINNON, Catharine A. Feminismo, Marxismo, Método e o Estado: Uma agenda Para Teoria. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 15, 2016.

MEDEIROS, Camila Pinheiro. “Uma família de mulheres”: ensaio etnográfico sobre homoparentalidade na periferia de São Paulo. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 14(2): 248, 2006.

MILLS, Charles W. O contrato de dominação. **Meritum**, revista de Direito da Universidade FUMEC, v. 8, n. 2, 2013.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social- reflexões sobre o casamento gay. **Cadernos Pagu** (28), janeiro-junho de 2007

NASCIMENTO, Maria Beatriz. **Eu sou atlântica**: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. Instituto Kuanza, 2006.

NOUGEIRA, Luíza Souto. O casamento como negócio jurídico e a aplicação dos princípios da autonomia privada, boa-fé e igualdade. In: **Revista de direito de família e das sucessões : RDFAS**, v. 2, n. 5, p. 143-166, jul./set. 2015.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. “Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!” Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. 2015.

OYÈWÚMI, Oyèronké. Family bonds/Conceptual Binds: African notes on Feminist Epistemologies. **Signs**, Vol. 25, No. 4, Feminisms at a Millennium , pp. 1093-1098. Tradução para uso didático por Aline Matos da Rocha, 2000.

PACHECO, Ana Claudia Lemos et al. **Branca para casar, mulata para f..., negra para trabalhar**: escolhas afetivas e significados de solidão entre mulheres negras em Salvador, Bahia. 2008.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993

PELÚCIO, Larissa. Três casamentos e algumas reflexões: notas sobre conjugalidade envolvendo travestis que se prostituem. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, n. 2, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações,títulos ao portador, títulos nominativos...** / Pontes de Miranda; atualizado por Alcides Tomasetti Jr., Rafael Domingos Faiardo Vanzella – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,. (coleção tratado de direito privado: parte especial; 33), 2012.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva 1994.

RIBEIRO, Stephanie. **Tu palmitas, e nós preteridas**. 2016. Disponível em <<https://www.almapreta.com/editorias/o-quilombo/tu-palmitas-e-nos-preteridas>>. Acesso em 20 de abril de 2018.

RICH, Adrienne. Heterossexualidade compulsória e existência lésbica. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 4, n. 05, 2012.

RIOS, Roger Raupp. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar. In. GROSSI, Miriam Pillar, UZIEL, Anna Paula, MELLO, Luiz (orgs.). **Conjugualidades, parentalidades, identidades lésbicas, gays e travestis**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007

ROCHA, Ana Vitória Sampaio Castanheira. **Amor, ordem e progresso: casamento e divórcio como desafios à laicidade do Estado (1847-1916)**. 2014. 129 f., il. Dissertação (Mestrado em História)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

RUBIN, Gayle. **O tráfico das mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo.**, 1993.

_____. Pensando o sexo: notas para uma teoria radical das políticas da sexualidade. **Cadernos Pagu**, n. 21, p. 1-88, 2003.

SABINE, Mark. Nós matámos o cão-tinhoso: A emasculação de África e a crise do patriarca negro. **Via Atlântica**, n. 17, p. 187-200, 2010.

SADEK, Maria Tereza. **Estatísticas do Século XX, IBGE**: Rio de Janeiro, 2006.

SANTOS, Thalita Najara da Silva. **Direito de Família no Projeto de Extensão Promotoras Legais Populares/DF: Análise de um caso concreto**, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família**, 12ª edição. Forense, 2016.

_____.; SIMÃO, José Fernando. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, p. 05-32, 2006.

TEIXEIRA, Heloísa Maria. Reprodução e famílias escravas em Mariana (1880-1888). **Anais**, p. 1-17, 2016.

TERUYA, Marisa Tayra. **A família na historiografia brasileira, bases e perspectivas de análise**. XII ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS. Anais. Belo Horizonte: ABEP, 2000.

VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, p. 511-536, 2011.

WALKER, Alice. **A cor púrpura**. Editora Marco Zero, 1986.

WOORTMANN, Klaas; WOORTMANN, Ellen Fensterseifer. **Monoparentalidade e chefia feminina: conceitos, contextos e circunstâncias**. 2004.